

ARBEIDSTAKERS PENSJONSRETTIGHETER VED OVERFØRING AV VIRKSOMHET

Arbeidstakers pensjonsrettigheter ved overføring av virksomhet, med henblikk på rettstilstanden i Norge, jfr. avgjørelser avsagt av Høyesterett, Rt. 1997 s.1965, og av EF – Domstolen 4. juni 2002.

Av: Kandidatnr. 165
Veileder: Henning Jakhelln
Leveringsfrist: 25. april 2003

Til sammen 17911 ord

14.05.2003

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	PRESENTASJON AV EMNET	2
1.2	HVA SKAL BEHANDLES I DET FØLGENDE?	3
1.2.1	HOVEDPROBLEMSTILLING	4
1.2.2	BEGREPSFORKLARINGER	5
	”Fripolise”	6
	”Virksomhet”	6
	”Virksomhetsoverdragelse”	7
1.2.3	METODESPØRSMÅL	8
1.2.4	AVGRENSNING AV OPPGAVEN	8
1.3	PENSJONSFORSIKRINGSORDNINGER	9
1.3.1	PRIVATE PENSJONSORDNINGER	10
	Kollektive pensjonsordninger;	11
	Pensjonskasse;	12
	Pensjon over driften;	13
1.3.2	OFFENTLIGE PENSJONSORDNINGER	16
1.3.3	AVTALEFESTET PENSJON - AFP	18
1.4	BØR PENSJONSRETTIGHETENE KUNNE OVERFØRES?	19
1.4.1	HVORFOR BØR PENSJONSRETTIGHETENE KUNNE OVERFØRES VED EN VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE?	19
1.4.2	HVORFOR BØR IKKE PENSJONSRETTIGHETENE KUNNE OVERFØRES VED EN VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE?	21
2	<u>RETTSKILDER</u>	22
2.1	LOVTEKST	22
2.1.1	REGLENE I LOV OM ARBEIDSMILJØ	22
2.1.2	REGLENE I LOV OM FORETAKSPENSJON	23
2.1.3	REGLENE I LOV OM INNSKUDDSPENSJON	25
2.2	FORARBEIDER	26
2.3	RETTSPRAKSIS	26
2.3.1	RETTSPRAKSIS FRA HØYESTERETT	26

2.3.2	RETTSPRAKSIS FRA EFTA – DOMSTOLEN	27
2.3.3	RETTSPRAKSIS FRA EF – DOMSTOLEN	27
2.4	ANDRE KONVENSJONSBESTEMMELSER	28
2.5	MOTSTRID?	29
2.5.1	GRUNNLEGGENDE UTGANGSPUNKTER.	29
2.5.2	HVA ER SITUASJONEN DERSOM DET ER STRID MELLOM NORSK LOV OG ET EU DIREKTIV, SOM GJENNOM EØS-AVTALEN ER GJORT GJELDENE FOR NORGE, SLIK DET ER MED RÅDS DIREKTIV 2001/23/EF.	29
3	<u>EU RETTENS STILLING I NORSK RETT</u>	36
3.1	GENERELLE BEMERKNINGER	36
3.2	ER NORSK RETT BUNDET AV AVGJØRELSE FRA EU-DOMSTOLEN?	36
3.2.1	HVA BLIR SITUASJONEN DER EF – DOMSTOLENS AVGJØRELSE ER STRID MED EN TIDLIGERE AVGJØRELSE FRA HR?	38
4	<u>RETTSTILSTANDEN I NORGE VEDRØRENDE ARBEIDSTAKERS PENSJONSRETTIGHETER VED OVERFØRING AV VIRKSOMHET FØR EF – DOMMEN 4. JUNI 2002</u>	41
4.1	INNLEDNING - HOVEDREGEL	41
4.2	UNNTAKET FOR PENSJONSYTTELSE	45
4.3	OFFENTLIGE ORDNINGER	47
5	<u>PENSJONSSYSTEMENE I DE ANDRE EUROPEISKE LAND</u>	48
6	<u>MEDFØRER EF- DOMMEN AVSAGT 4. JUNI 2002, ENDRINGER OGSÅ I FORHOLD TIL NORSK RETT?</u>	49
6.1	ER YTELSENE AV SAMME KARAKTER?	50
6.2	HAR EFTA – DOMSTOLEN OG HR TOLKET DIREKTIVET FEIL?	50
6.3	ER RETTSTILSTANDEN MED DETTE FORANDRET?	56
7	<u>ER DE FORSIKRINGSTEKNISKE PROBLEMENE FORESPEILET AV EFTA – DOMSTOLEN OG HR EN REALITET?</u>	58

<u>8</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>60</u>
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>63</u>
<u>10</u>	<u>KILDEHENVISNINGER</u>	<u>64</u>
<u>11</u>	<u>VEDLEGG</u>	<u>64</u>

FORORD

Denne avhandlingen tar sikte på å klargjøre reglene på området for arbeidstakers pensjonsrettigheter ved overføring av virksomhet. Det har juridisk sett skjedd mye på området de siste årene med blant annet nye lover og ny rettspraksis.

Det har ikke vært min intensjon å rettslig sett tilføre området noe nytt, men avhandlingen bidrar med en fremstilling av reglene, og en vurdering av rettstilstanden. Siden arbeidstakers pensjonsrettigheter er et stort, sammensatt, og veldig interessant tema med mange tekniske aspekter, særlig innen forsikring, kan det skrives mye om dette, men omfanget på avhandlingen begrenser seg selv da det er en 10-vektallsoppgave.

Oslo 22.april 2003

Vedlegg:

Rådsdirektiv 2001/23/EF

FORKORTELSER

Aml.	-lov om arbeidsmiljø av 4. februar 1977 nr. 4
AG	-arbeidsgiver/arbeidsgiveren/arbeidsgiverne
AT	-arbeidstaker/arbeidstakeren/arbeidstakerne
Bal.	-bilansvarsloven av 3. februar 1961
Deknl.	-dekningsloven av 8.juni 1984 nr. 59
Dl.	-lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5
EØS	-Europeisk økonomisk felleskap
EU	-Europeisk Union
FAL.	-Forsikringsavtaleloven av 16. juni 1989 nr.69
Ftpensjl.	-lov om foretakspensjon av 24. mars 2000 nr. 16
Ftrl.	-lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19
HR	-Høyesterett
Innskpensjl.	-lov om innskuddspensjon av 24. november 2000 nr. 81
Innst. O.	-innstilling til Odelstinget
NOU	-Norges Offentlige Utredninger
ODA	-Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, (Vedlegg til EØS-avtalen)
Ot.Prp.	-Odelstings proposisjon
Rt.	-Norsk Rettstidende
Sktl.	- lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26.mars 1999 nr. 14.

1 Innledning

Stadig flere oppdager at pensjonen de vil få utbetalt gjennom folketrygden ikke vil være tilstrekkelig til å opprettholde den ønskede levestandard når de en dag går av med pensjon. Dette fører til større oppmerksomhet rundt muligheten til å skaffe seg ytterligere pensjon, enten i form av egen sparing eller som en del av ytelsene fra arbeidsgiver (heretter AG).

Tidligere var det nesten fritt frem dersom man ville opprette pensjonsordninger. Det var for eksempel ikke noe krav at alle arbeidstakere (heretter: AT) i en bedrift måtte omfattes av ordningen. Dersom AG ville gi en eller noen utvalgte AT særordninger, var ingenting til hinder for dette.

Da folketrygden kom i 1966 antok man at behovet for private pensjonsordninger ville bortfalle. Dette ble for så vidt tilfellet i 1980-årene¹.

Men folketrygdsystemet vokste seg stort, og myndighetene så seg nødt til å kutte i ytelsene. Dette førte igjen til at private pensjonsordninger fikk aktualitet.

Lovgiver har som nødvendig konsekvens av dette revidert regelverket, og vi har fått lov om foretakspensjon og lov om innskuddspensjon².

Lovene har gjort det enklere å overføre pensjonsrettigheter sammen med virksomheten, enn det som var situasjonen tidligere.

¹ NOU 1983:56 s.41.

² Pkt. 4.1

1.1 Presentasjon av emnet

Temaet i denne avhandlingen er ATs pensjonsrettigheter ved overførsel av virksomhet, med henblikk på rettstilstanden i Norge, jf. avgjørelser avsagt av Høyesterett (heretter: HR) Rt 1997 s. 1965, Eidesund – saken og EF – Domstolen 4. juni 2002, Beckmann – saken.

I Eidesund – saken slo HR fast at en privat tjenstepensjonsordning faller inn under unntaket i Arbeidsmiljøloven (heretter am.l) kap.12A § 73 B nr 3, jf. EØS – avtalens vedlegg XVIII pkt. 23, rådsdirektiv 77/187³, og er en ytelse som ikke overføres til ny AG ved virksomhetsoverdragelse.

I Beckmann – saken kom EF – Domstolen til et tilsynelatende motsatt resultat, og ga AT medhold i at retten til førtidspensjon ikke går inn under unntaket i direktivets art. 3 nr 3, og overføres ved en virksomhetsoverdragelse.

Avgjørelsene er prinsipielt viktige, og ett av hovedspørsmålene i denne avhandlingen er hvorvidt norsk rett er i samsvar med EF retten.

I saken for HR var spørsmålet om Eidesunds nye AG, Stavanger Catering, overtok forpliktelsen fra overdragende AG, til innbetaling av premie til en privat tjenstepensjonsforsikring. Dette var avtalt i en lokal tariffavtale fra 50 – tallet. Tjenstepensjonsforsikringen var en forsikring etter skattelovene, noe som gjør at dersom AG betaler inn premie for en AT, må han gjøre det for de øvrige ansatte også. HR mente, i tråd med EFTA – domstolens rådgivende uttalelse av 25.september 1996⁴, en overføring ville medføre betydelige forsikringstekniske og praktiske problemer. Høyesterett la stor vekt på EFTA – Domstolens tolkning av direktivet, og mente am.l § 73B nr 3 måtte tolkes likt.

EFTA – domstolen behandlet i dette tilfellet to saker sammen, Eidesund og Langeland, begge forelagt domstolen fra Norge, og begge gjaldt samme spørsmål. Jeg vil i det

³ Direktivet er endret ved rådsdirektiv 98/50/EF, og videre opphevet ved rådsdirektiv 2000/23/EØF. Dette direktivet inneholder ingen materielle endringer.

⁴ E –2/95, Ident; 695EJ0002

følgende omtale EFTA - domstolens rådgivende uttalelser i entall, og jeg vil for HRs vedkommende kun omtale Eidesund – saken.

I saken for EF - Domstolen hadde AT fått en fratreddelsesgodtgjørelse av sin AG, Dynamco Wicheloe Macfarlane, i henhold til General Withley Council Conditions of Services (GWC) ansettelsesvilkår, da hun ble sagt opp på grunn av personalinnskrenkninger (section 45).

AT fikk ingen øvrige ytelser, selv om hun oppfylte alle kriteriene.

AG mente dette var ytelser som gikk inn under unntaket i direktivet, da førtidspensjon var en ytelse ved alderdom.

EF – Domstolen var uenig i dette, og tolket unntaket meget strengt.

Domstolen kom til at førtidspensjon *ikke* var en ytelse ved alderdom.

Førtidspensjon går etter dette klar av unntaket, og skal overføres til ny AG.

1.2 Hva skal behandles i det følgende?

Aller først vil det bli gjort rede for noen av de anvendte begrepene i avhandlingen.

Etterpå følger en gjennomgang av de forskjellige pensjonsordninger, både i privat- og offentlig sektor.

Siden direktiv 77/187/EØF⁵ er tatt inn som en del av EØS – avtalen, jfr art. 7, og Norge har inkorporert denne avtalens bestemmelser, jf. am.l. § 73 B, er det naturlig å se nærmere på direktivets innhold, og HRs tolkning av dette.

EF – domstolens avgjørelse og dennes tolkning av direktivet er også en viktig rettskilde, og det vil bli gjort rede for domstolens stilling i norsk rett.

Det samme gjelder EFTA – domstolen og dennes rådgivende uttalelse.

Noen av spørsmålene som vil bli behandlet er hvorvidt norsk rett strider med EF – domstolens avgjørelse og hvorvidt norsk rettsstilstand er endret som følge av dommen.

⁵ Nå direktiv 2001/23/EF

1.2.1 Hovedproblemstilling

Problemstillingen i denne avhandlingen er hvorvidt en ATs pensjonsordning og eventuelle rettigheter i denne, vernes og overføres til den nye AG ved en virksomhetsoverdragelse.

Dette må spesifiseres ytterligere:

Ved tale om vern av ATs pensjonsrettigheter må man skille mellom⁶:

- Spørsmål om vern av allerede opptjente rettigheter, og
- Spørsmål om vern av retten til videre/ fremtidig opparbeidelse av pensjonsrettigheter.

Det første spørsmålet lager ikke store problemer. Allerede opptjente rettigheter forutsettes sikret gjennom nasjonale ordninger, som for eksempel ordningen med fripoliser osv⁷, jfr direktivets artikkel 3 nr.4 bokstav b.

Det andre spørsmålet gir oss to nye under-problemstillinger⁸:

- Vern av rett til fremtidige pensjonsutbetalinger
- Vern av rett til å få dekket fremtidige pensjonsinnbetalinger (premie/finansiering)

Den første under-problemstillingen reiser ikke de store problemene.

Ettersom AG normalt ikke er ansvarlig for selve pensjonsutbetalingene fra ordninger omfattet av unntaksbestemmelsen i direktiv 2001/23/EF og aml. § 73 B nr. 3, vil det ved overførsel av virksomhet normalt ikke oppstå spørsmål om overføring av en slik forpliktelse mellom overdrager og erverver. Utbetalingene vil i de fleste tilfeller bli foretatt av et forsikringsselskap.

⁶ Underutvalgets Utredning av 22. mars 2002, s. 2

⁷ Pkt 1.2

⁸ Se note 3.

Den andre under-problemstillingen gjelder opprettholdelse av premieinnbetaling. Dette har overdrager vært ansvarlig for overfor AT, og spørsmålet blir om erververen nå blir ansvarlig for innbetalingen.

Dette kan ikke besvares før det er på det rene at en pensjonspremieinnbetaling fra AG faktisk er en *rettighet* AT kan kreve.

Dersom en slik rett kan utledes av arbeidsavtalen, arbeidsforholdet eller tariffavtale, oppstår spørsmålet om denne skal likestilles med de øvrige lønns- og arbeidsvilkår. Gjør den det, og i tillegg overføres ved en virksomhetsoverdragelse, blir den nye AG forpliktet på lik linje som den tidligere AG var, til å fortsette innbetalingen av premie.

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen blir etter dette:

Overføres AT rett til fremtidige pensjonsinnbetalinger ved overføring av virksomhet?

1.2.2 Begrepsforklaringer

”Pensjonsforsikring”

Kjernebegrepet ”pensjon” er ikke definert i lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr 19, (heretter Ftrl.), og heller ikke i annen sentrale juridisk litteratur⁹. En naturlig forståelse av ordet er etter min mening at det dekker en løpende, regelmessig pengeytelse til en person som har forlatt arbeidslivet, midlertidig eller for godt (avhenger av ytelsen).

Dette er også i tråd med Asbjørn Kjønstads beskrivelse av uførepensjonen, i hans bok om folketrygdens uførepensjon, s 13¹⁰. Men man må også ha for øye at en pensjon kan være ordnet som en kapitalforsikring, og dermed skal utbetales som et engangsbeløp¹¹.

⁹ Asbjørn Kjønstad, Innføring i trygderett, Oslo 1998 og Asbjørn Kjønstad, Folketrygdens uførepensjon, Oslo, 2. utg 1994.

¹⁰ Se note 6

¹¹ Pkt.1.3.

Forsikringsavtaleloven av 16. juni 1989 nr. 69 (heretter FAL) har derimot inntatt en definisjon av begrepet ”pensjonsforsikring” i § 10 – 2, f ; pensjonsforsikring er en *”kapital- eller livrenteforsikring som går inn under de særregler som er gitt om pensjonsforsikring i lovgivningen for øvrig”*

Bestemmelsen henviser til skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14, (heretter sktl.) § 6 – 46, som regulerer skattefradrag på grunnlag av innbetalt pensjonsforsikring.

”Fripolise”

Begrepet betegner en rettighet den begunstigede til forsikringssummen har.

Vedkommende kan si opp forsikringsavtalen når som helst, og likevel sitte med full eiendomsrett til verdien. Denne summen kan forvaltes på to måter. Man kan få utbetalt ”gjenkjøpsverdien”, men denne vil være lavere enn det man har betalt inn. Eller man kan omgjøre forsikringen til en fripolise.

En fripolise vil inneholder de allerede opptjente rettigheter. Fripolisens beløp avhenger av hvor lenge man har opptjent pensjonen. Utbetalingstidspunktet vil være det samme, men beløpet vil alltid være lavere enn det man ville fått ved full pensjon.

Dersom opptjeningstiden er veldig kort, og summen av opptjente midler under en viss sum, kan man få verdien utbetalt i penger med en gang¹².

”Virksomhet”

Med ”virksomhet” menes her både private bedrifter og offentlig virksomhet.

Det omfatter så vel bedrifter med økonomiske formål, og bedrifter med ideelle formål.

Begrepene ”Bedrift” og ”Virksomhet” vil bli benyttet synonymt.

¹² Norges Forsikringsforbund, Hva er forsikring?, Oslo 1995, s 135.

”Virksomhetsoverdragelse”

For at bestemmelsene i aml. kapitel 12 A skal få anvendelse, er det tre vilkår som må være oppfylt for at en overføring i lovens forstand skal ha funnet sted¹³:

- Gjenstand for overdragelse er ”virksomhet” ;

I lovforarbeidene¹⁴ er det forutsatt at begrepet omfatter alle typer virksomheter som dekkes av aml., uavhengig om det gjelder hele virksomheter eller deler av en virksomhet. Om virksomheten driver med kjøp, salg eller for produksjon er uten betydning. EF – domstolen har presisert at virksomheter med ideelle formål, kan omfattes¹⁵. Det synes i følge EF- domstolens avgjørelser, at det kreves en viss tidsmessig varighet på virksomhetens aktiviteter for at de skal omfattes av begrepet¹⁶.

- Kravet om kontinuitet.

I dette ligger at den virksomhet som overføres, må fortsette den drift den bedrev før overføringen. Men det er ikke et krav at driften er i gang på overdragelsestidspunktet. Vurderingen blir hvorvidt det er en midlertidig stans eller om driften er lagt ned for godt¹⁷. Dersom den er lagt ned for godt, er det ingen overføring i aml. forstand. Etter EF – domstolens praksis er det lagt til grunn at det må foretas en helhetsvurdering av alle faktiske forhold ved overføringen¹⁸.

¹³ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, Oslo 1996, s. 356

¹⁴ Se note 6

¹⁵ C-382/92 (kommisjonen mot Storbritannia)

¹⁶ C-48/94

¹⁷ Rt. 1995 s. 849

¹⁸ C-24/85 (Spijkers)

- Overføringssituasjonen

En overdragelse av virksomhet kan ha forskjellige grunnlag.

Kjøpekontrakt, overføring av gave, arv eller skifte mellom ektefeller, er omfattet av aml. kap 12. Men ikke overføring fra konkursbo, jfr aml. forarbeider¹⁹.

En overdragelse under en gjeldsforhandling vil derimot være en overdragelse, jfr Ot.prp. nr. 71, 1991 - 92, s 31.

1.2.3 Metodespørsmål

Jeg vil ikke gjøre rede for jussens alminnelige metodelære.

Men det reiser seg noe særskilte spørsmål i forhold til noen av rettskildene som det er nødvendig å si noe om. Disse behandles fortløpende.

1.2.4 Avgrensning av oppgaven

Det sentrale temaet for avhandlingen er AT pensjonsrettigheter ved overføring av virksomhet.

Det tas sikte på kollektive, private pensjonsordninger, og ikke folketrygdens ytelser, da disse ikke berøres av en virksomhetsoverdragelse.

Folketrygdens ytelser vil kun bli behandlet i de tilfeller det er nødvendig for sammenhengen²⁰.

Skattereglene for pensjonsordningene vil ikke bli behandlet, da de etter min mening faller utenfor oppgaven. Men regler som knytter seg til AT muligheter for skattefritak for utgifter tilknyttet pensjonsordningen, vil bli nevnt.

Hovedtyngden vil bli lagt på de private overføringssituasjonene, men nevnes vil også overføringer innen offentlig sektor. Forarbeidene til aml. uttaler klart at lovgiver mente direktivet også omfatter offentlige overføringer²¹.

¹⁹ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, Oslo 1996, s. 362

²⁰ Asbjørn Kjønsstad, innføring i trygderett, 3. utgave, Oslo 1998.

²¹ Ot. Prp. Nr. 71, 1991 – 92, s. 30

Delvis overføring vil ikke bli behandlet særskilt, da det ikke finnes nevneverdige forskjeller fra overdragelse som omfatter hele bedriften.

Grenseoverskridende virksomhetsoverdragelse behandles ikke, da jeg ikke finner at temaet er omtalt i noen utstrakt grad i forbindelse med den aktuelle problemstillingen.

1.3 Pensjonsforsikringsordninger

Pensjonsavtalen en AT har med en AG er en avtale med stor praktisk betydning, og med lang virketid for AT.

All innbetaling til pensjonsforsikringer etter skatteloven er prinsipielt øremerket for pensjonsformål²². Pensjonsforsikringen kan derfor ikke overdras, belånes eller kjøpes. Man vil ved en privat alderspensjonsordning, når vilkåre for utbetaling er til stede, få utbetalt en alderspensjon som svarer til de rettigheter man har opptjent.

Pensjonsforsikringsordninger²³ utbetales som regel i terminer og kalles renteforsikring, i motsetning til kapitalforsikring hvor utbetaling skjer som et engangsbeløp. Renteforsikring kan tegnes som livrente eller pensjonsforsikring (Heretter EPES – Egen Pensjonsforsikring Etter Skattelovene)²⁴. Det eneste som skiller dem er skattereglene, forsikringsteknisk er de like.

Dersom man ikke får opptjent flere rettigheter i en pensjonsordning, sitter man igjen med en såkalt fripolise. Denne inneholder en avbruddsverdi som AT har full eiendomsrett til, forutsatt at det er noe igjen etter at forsikringsselskapet har fått dekket sine kostnader og risiko. Ytelsen etter denne fripolisen vil bli lavere enn en løpende alderspensjon, grunnet kortere innbetalingstid.

²² Fastsatt ved Kgl. Res. 1968

²³ ”Personforsikring, privat – bedrift”, Forsikringsakademiet 1996. ISBN 82 – 7664 – 099 - 0

²⁴ ”Forskrift om egen pensjonsforsikring etter skattelovene” gitt ved Kgl.res 4. des 92.

Dersom fripolisens beløp er meget lavt, under 25% av Grunnbeløpet (heretter: G)²⁵, kan polisens verdi utbetales kontant. Er beløpet større, utbetales polisen til den opprinnelige avtalte tid. Det er da inflaterte kroner som kommer til utbetaling. Dette i motsetning til folketrygdens ytelser som opptjenes gjennom pensjonspoeng, og som blir realisert i penger på utbetalingstidspunktet. Dette er i prinsippet ikke inflaterte kroner, med det unntak at grunnbeløpet blir oppjustert hvert år, Ftrl. §1 – 4.

De private pensjonsytelsene blir ikke samordnet med folketrygden slik som statspensjonene, med de blir basert på, og tilpasset folketrygden.

1.3.1 Private pensjonsordninger

Av alle ansatte i privat sektor er kun 35 – 50% tilknyttet en supplerende pensjonsordning, i motsetning til det offentlige, hvor de fleste ansatte er omfattet²⁶.

Vi kan grovt sett skille mellom tre forskjellige former for pensjonsordninger en AG kan opprette for sine ansatte;

- Kollektiv pensjonsforsikring i et forsikringsselskap hvor AG er part i avtalen. Et skille ble tidligere gjort mellom EPES; ”egen pensjonsforsikring etter skattelovene” hvor den forsikrede selv er forsikringstaker og TPES; ”tjenstepensjonsforsikring etter skattelovene”/ kollektiv pensjonsforsikring hvor den forsikredes AG er forsikringstaker. Sistnevnte reguleres nå av Lov om Foretakspensjon, som vil bli behandlet nedenfor. EPES vil ikke bli behandlet i det følgende.

- Virksomheten kan opprette egen pensjonskasse.
- Utbetale pensjoner over driften. Dette er en lite gunstig ordning for AT, i de tilfellene virksomheten går med underskudd eller går konkurs. Midlene som skulle brukes til pensjonsutbetalinger, går da til kreditorene.

²⁵ G er pr. 01.05.01 kr.51.360

²⁶ Stein Evju, Endring av tjenstepensjon, noen arbeidsrettslige spørsmål, Moderne forretningsjuss s 43.

Kollektive pensjonsordninger;

Disse kan organiseres på tre måter;

Lov om foretakspensjon av 24.mars 2000 nr 15 regulerer nå området for de ytelsesbaserte ordningene²⁷.

Loven erstatter det tidligere regelverket i forskrifter gitt i medhold av skatteloven, som omhandlet de foran nevnte TPES – reglene.

Lov om foretakspensjon trådte i kraft 1. januar 2001, men med visse overgangsregler som innebærer at de tidligere TPES – reglene fortsatt har en viss betydning.

Det har vært en overgangsperiode mellom de to regelsett på to år for å få gjennomført lovendringen.

Loven er en rammelov. Dette medfører at virksomhetene har stor frihet til å utforme egne pensjonsordninger for sine ansatte, så lenge de oppfyller visse kriterier.

De ytelsesbaserte ordningene er ordninger hvor sluttytelsen, pensjonen inkludert ytelser fra folketrygden, er bestemt definert som en fast prosent eller andel av AT lønn, ca 60 – 70 % ved full opptjening.

Pensjonsytelsen er kjent for AG, og han har risikoen for at premieinnbetalingen gir AT den avtalte ytelsen.

Premien er ikke fastsatt på forhånd, men vil avhenge av lønnsutviklingen, og oppnådd avkastning på pensjonsmidlene.

Lov om innskuddspensjon av 24 november 2000 nr 81 regulerer området for innskuddspensjonene.

Dette ble det anledning til for første gang i Norge samtidig med ikrafttreddelsen av lov om foretakspensjon.

Her defineres premien AG skal betale som et fast beløp eller som en prosentdel av lønn. Utbetalingen av pensjonen vil da bestå av folketrygdens ytelse pluss et fast kronebeløp.

²⁷ Pkt. 4.1

Her vil AT ha risikoen, siden utbetalingene er ukjente.

Denne formen fører til, ved en redusert ytelse fra folketrygden, at man fortsatt får den samme pengesummen fra pensjonsordningen. Den del som er falt bort i folketrygdens ytelse vil ikke bli fylt opp igjen av den private, slik som i den ytelsesbaserte ordningen, og i Statens Pensjonskasse.

Det nye lovverket har medført en stor fleksibilitet i pensjonsordningene i privat sektor. Men systemet har som en følge av dette blitt tilsvarende komplisert.

Den tredje varianten er engangsbetalt foretakspensjon. Dette er en blandingsform mellom foretakspensjon og innskuddspensjon. Den gir adgang til å opprette pensjonsordning etter lov om foretakspensjon, men da ved at foretaket forplikter seg til å betale en årlig premie. Dette er et opptjeningsprinsipp som i stor grad er lik den i lov om innskuddspensjon. Se ftpensjl. § 1-2 bokstav j og § 5-2.

Dette er enda bare et lovforslag, se Ot. Prp nr. 33 2001/2002 pkt. 2.4.2, lov av 7. juni 2002 nr. 17.

Det er et ønske fra politisk hold at flere AT skaffer seg en pensjonsforsikringsordning på toppen av folketrygden²⁸.

Pensjonskasse;

Dette er en ordning som avtales mellom AG og AT, og som finansieres gjennom tilskudd fra bedriften, eventuelt også fra de ansatte²⁹

Denne ordningen er underlagt de samme lover og regler som forsikringsavtaler inngått mellom AG og et forsikringsselskap. Den er et alternativ til pensjonsforsikring. De ansattes pensjonsrettigheter er derfor også ved denne løsningen, tilstrekkelig sikret.

For at kostnadene ved en egen pensjonskasse skal kunne dekkes, og stå i forhold til de ytelsene som gis, hevdes det at denne ordningen bør forbeholdes de store bedriftene på markedet³⁰, helst med flere tusen medlemmer. Det vil videre føre med seg at

²⁸ Pkt 1.4.1.

²⁹ Knut S. Selmer, Forsikringsrett, Oslo 1982, s24.

³⁰ Einar E. Madsen, Kollektive pensjonsavtaler, Kjeller 2000, s. 148.

forvaltningen av ordningen blir gjort av kompetente personer, tilsvarende forvaltningen i et forsikringsselskap.

En moment til fordel for de ansatte, er økt påvirkningsmulighet på pensjonskassens ytelser, i motsetning til det de vil ha med en pensjonsordning inngått mellom AG og forsikringsselskapet.

En fordel for bedriften selv er tilgangen på lånemidler dersom det blir nødvendig med finansiering..

Pensjon over driften;

Det er mulig for virksomheter å finansiere en pensjonsutbetaling til sine ansatte, uten å betale inn premier til et forsikringsselskap og uten å opprette en egen pensjonskasse. Dette kalles ”pensjon over driften” eller ”pay – as – you –go” – ordninger, og utbetalingene gjøres da direkte over bedriftens driftsbudsjett³¹.

ATs stilling i slike pensjonsordninger varierer. Man kan tenke seg at pensjonen blir utbetalt dersom det finnes nok midler i budsjettet, og forholdsmessig forkortet dersom midlene ikke strekker til. Alt avhenger av bedriftens økonomi til enhver tid.

Men en viss sikring av ATs rettigheter finner sted også i disse ordningene, ved at virksomheten avtaler en viss utbetaling av pensjon hvert år³².

Driftspensjonsordningene risikerer å falle utenfor regelverk som i utgangspunktet er ment å skulle dekke dem, så som FAL. Her kreves det at pensjonsordningen er av forsikringsmessig art, jfr § 10 – 1, 1. ledd, ved at en avtale om personforsikring må inngås med et forsikringsselskap. Dersom pensjonsordningen i bedriften ikke har grunnlag i kapitaloppsamling, men utbetales over driften uten at det er basert på noe krav fra AT, er det vanskelig å kalle det en forsikring som dekkes av loven³³, men dette må bli gjenstand for en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

³¹ NOU 1994:6 s. 65 pkt. 5.9

³² NOU 1983:56 –kap. 1 pkt 1.3.1 (c).

³³ Hans Jacob Bull, Innføring i forsikringsrett, Oslo 2000, s. 23.

Dette viser at det ikke er avgjørende at pensjonsordningen er etablert som et eget rettssubjekt. Dersom ordningen gir ytelser som svarer til eller ligger i nærheten av de ytelsene som vanligvis utbetales av et forsikringsselskap, og AT har krav på utbetaling av ytelsene, er dette momenter som taler for at ordningen omfattes av loven.

Driftspensjoner blir normalt ikke benyttet som fullstendige pensjonsordninger. Til det er vernet for svakt. Men noen benytter dem i større utstrekning enn andre, som en tilleggsordning. Dette gjelder spesielt ledere og andre høyerelønnede, som på grunn av reglene i fipensjl ikke får pensjon på grunnlag av lønn som overstiger 12 G, jfr § 5 – 7, 1. ledd c.

Kravet på pensjon er i veldig liten utstrekning sikret gjennom en lønnsgarantiordning, men den må nevnes. Hjemmel finnes lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs mv av 14. desember 1973 nr. 61.

Makter ikke AG å utbetale lønn, overtar staten ved Arbeidstilsynet lønnsforpliktelsen, og krever deretter beløpene dekket hos AGs konkursbo. Garantien har en tidsmessig begrensning på 6 måneder. Det er så langt lønnskravet rekker. Denne lønnsgarantiordningen omfatter også ”krav på arbeidsgiver for pensjon”³⁴, jfr lovens § 1, annet ledd. Men dette gjelder også bare i 6 måneder, da stopper utbetalingen. Dersom boet har nok midler til dekning av de prioriterte fordringene, får garantiordningen ingen betydning.

I et konkret tilfelle, hvor en bedrift starter opp med 100 ansatte, vil ordningen forløpe smertefritt de første årene. Går virksomheten med overskudd, kan de med eierinteresser ta ut sin del gjennom utbytte. Problemene viser seg når de første ansatte begynner å nå den fastsatte alder for pensjonsutbetaling. Bedriften blir da nødt til å finansiere pensjonsytelsene til kanskje 30 – 40 ansatte ”over driften”, i tillegg til alle de andre driftsutgiftene, så som lønn. I mange tilfeller er ikke virksomhetens økonomi eller inntjening sterk nok til å bære en slik belastning, og bedriften går konkurs eller må selges med tap.

³⁴ Tore Bråthen... (et alt.), Foretaksrett, Oslo 1990, s. 238.

Ved konkurs vil de krav som er sikret med pant eller krav som har motregningsrett bli dekket først. Deretter kommer massekravene. Dette er utgifter i forbindelse med bobehandlingen.

Så kommer turen til de prioriterte dividendekravene. De med best prioritet blir dekket først, jfr dekningsloven (heretter deknsl.) § 9-3.

Første ledd nr. 3 hjemler dekningskravet på pensjon fra AG, men dette fortrinnskravet er begrenset til 6 måneders pensjon. Etter dette har boet ingen forpliktelse til utbetaling av pensjon, selv om dette var forutsatt i arbeidsavtale mellom AT og AG.

Dette er ingen gunstig løsning for AT.

Det samme kan skje med pensjonen hvor AG ser seg nødt til å selge driften.

Hvor AT ikke har noe krav på å få utbetalt pensjon, er det opp til den nye eier å vurdere hvorvidt han vil videreføre ordningen med utbetaling over driften eller ikke.

Det er verd å merke seg at det var denne type utbetaling EFTA – domstolen mente var unntatt fra overføring, dersom man la en snever fortolkning av direktivet til grunn³⁵.

Når det gjelder bedriftspensjonsordningenes stilling i forhold til Rådsdirektiv 2001/23/EØF er ikke denne helt klar³⁶.

Både bakgrunnen for, og ordlyden i direktivet, kan tale for at ”pay – as – you – go” – ordningene ikke går inn under ”supplerende yrkesbaserte eller fleryrkesbaserte pensjonsordninger”, jfr. dir. art 3 nr. 4 a, og dermed går klar av unntaksbestemmelsen. Det er ikke gitt at alle rettigheter som har noe med pensjonsytelser å gjøre skal unntas fra overføringen³⁷.

Med mindre medlemsstatene bestemmer noe annet, unntar art 5 anvendelsen av art 3 og 4 på overdragelse av virksomheter under konkursbehandling, fra direktivets virkeområde.

³⁵ Pkt 6.2

³⁶ Underutvalgets Utredning av 22. mars 2002, s. 10.

³⁷ Se note 24.

I norsk rett finnes det ikke noe system for sikring av rettigheter gjennom driftspensjoner. Dette taler for at ordningen også faller utenfor unntaksbestemmelsen i aml. §73 B nr 3. Da dette spørsmålet er uavklart vil det kunne oppstå spørsmål om norsk rett er i strid med direktivet på dette punkt³⁸.

Disse ordningene er lite gunstige for AT, og i stor utstrekning uheldige for AG. Ordninger som baserer seg på å finansiere ett så viktig gode for AT over driften burde vært sikret i mye større grad.

Etter min mening burde ikke slike ordninger vært tillatt opprettet, med mindre AT rettigheter ble bedre sikret.

Bedriftene burde vært pålagt å opprette pensjonskasse eller tegne forsikring hos et forsikringsselskap.

1.3.2 Offentlige pensjonsordninger

I det offentlige skilles det mellom statlig, kommunal og fylkeskommunal sektor.

Tjenestepensjoner til ansatte i staten er regulert i lov om Statens Pensjonskasse, av 28. juni 1949 nr. 26.

Loven åpner for at Stortinget (heretter St.t) kan avgjøre hvorvidt virksomheter / organisasjoner med en særlig nær tilknytning til staten skal være medlemmer av Statens Pensjonskasse, f. eks virksomheter som tidligere var en del av statlig virksomhet, men som nå er helt eller delvis fristilt³⁹.

De viktigste ytelsene Statens Pensjonskasse tilbyr er alderspensjon, uførepensjon og etterlattepensjon.

Pensjonsordningene til ansatte i kommunal og fylkeskommunal sektor er i dag tariffestet. Sosial- og helsedepartementet har med hjemmel i kommuneloven av 25.september 1992 nr 107, §47 andre ledd, gitt forskrift om pensjonsordninger for kommunalt eller fylkeskommunalt ansatte, forskrift av 22. april 1997 nr. 374.

³⁸ Underutvalgets Utredning av 22. mars 2002, s. 10, note 18.

³⁹ NOU 2000:28 – kap 3 pkt 3.3.2 – s. 47

Pensjonsytelsene etter disse ordningene skal ikke være større enn utbetalingene fra Statens Pensjonskasse. Aldersgrensen på utbetalinger må heller ikke være lavere enn aldersgrensen for tilsvarende stillinger i staten. Alle ansatte må være medlemmer.

Kommunen og fylkeskommunen har flere muligheter når det gjelder å organisere pensjonsordningen;

- Slutte seg til kommunesektorens eget forsikringsselskap, Kommunal Landspensjonskasse (heretter KLP).
- Opprette egen pensjonskasse.
- Tegne kollektiv pensjonsforsikring i et annet livsforsikringsselskap.

Som regel er det bare de største kommunene eller fylkeskommunene som har opprettet egen pensjonskasse. Det vanlige er medlemsskap i KLP, som har ca 90% av alle kommuner og fylkeskommuner som medlemmer.

Regelverket i de to offentlige sektorene er i hovedsak like, men KLP må i tillegg ha midler tilsvarende medlemmenes allerede opptjente rettigheter stående i fond til enhver tid.

Pensjonsordningene i det offentlig skiller seg fra de i det private ved at de er bruttoordninger. De garanterer en samlet ytelse av tjenstepensjonen og ytelsene fra folketrygden. Ytelsene og pensjonsgrunnlaget skal reguleres i takt med reguleringen av folketrygdens grunnbeløp (heretter G).

Pensjonen blir bestemt ut fra ATs sluttlønn. Full alders- og uførepensjon utgjør 66% av denne⁴⁰. Full etterlattepensjon er 9% av det avdøde medlemmets pensjonsgrunnlag, og gis dersom avdøde hadde minst 30 års opptjeningstid i Statens Pensjonskasse.

Utbetaling av ytelser finansieres ved at medlemmene betaler 2% av sin pensjonsgivende inntekt i premie, og ved at AG betaler inn en andel, dersom dette er pålagt denne⁴¹.

Tjenstepensjonen kompenserer for bortfall av ytelser fra folketrygden som skyldes endringer i lov og / eller forskrifter. Selv om også de private ordningene tar

⁴⁰Forsikringsakademiet, Sentrale emner i norsk forsikring, Oslo 1996 s. 60.

⁴¹ Veldedige virksomheter er som regel fritatt for denne AG- andelen.

utgangspunkt i et samlet nivå for tjenstepensjon og folketrygd innebærer de ingen tilsvarende garanti.

I det private tar man dessuten utgangspunkt i en beregnet folketrygd, som kan avvike fra den faktisk utbetalte pensjon.

Det foretas en samordning av offentlige pensjonsordninger og folketrygden. Dersom man fikk fulle rettigheter i begge ordninger kunne man fått utbetalt mer enn tidligere lønnsinntekt. Det er derfor regler om avkorting i den offentlige tjenstepensjonen.

Folketrygdens ytelser skal ikke reduseres⁴².

Alle offentlige ordninger er omfattet av loven om samordning av pensjonsytelser av 6. juli 1957 nr. 26.

1.3.3 Avtalefestet pensjon - AFP

Avtalefestet pensjon gjelder for AT i bedrifter som er medlem i Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), og bedrifter tilknyttet Landsorganisasjonen i Norge (LO) ved tariffavtale. Videre gjelder den bedrifter bundet til tariffavtale innenfor NHO som ikke har avtale med LO når det er enighet i bedriften om å tilslutte seg AFP.

For ansatte i staten er det egne regler.

Dersom man er tilknyttet AFP kan man ta ut pensjon fra fylte 64 år.

I tillegg kreves det at man har tjent over en G det foregående og inneværende år, og at man har arbeidet i minst ti år etter fylt 50 år med en inntekt på minst to G.

Finansieringen er delt mellom staten og arbeidsgiverne, mens trygdeetaten står for administreringen⁴³.

⁴² Asbjørn Kjønsstad, Innføring i trygderett, Oslo 1998, s. 157

⁴³ Forsikringsakademiet, Privat – Bedrift, Oslo 1996, s. 32.

1.4 Bør pensjonsrettighetene kunne overføres?

1.4.1 Hvorfor bør pensjonsrettighetene kunne overføres ved en virksomhetsoverdragelse?

Det er et viktig utgangspunkt at en AT aldri mister sin rett til folketrygdens lovfestede ytelser ved en overføring av virksomhet. Disse rettigheter opptjenes automatisk dersom man er bosatt i Norge (domisilprinsippet). Man er således et pliktig medlem av folketrygden, jfr lov om folketrygd 28. februar 1997 nr 19 (heretter Ftrl.), § 2–1.

Det er de private, pensjonsordningene som her er interessante. Disse er et supplement til folketrygden.

Det finnes flere grunner for at disse rettighetene *bør* overføres⁴⁴:

Er man gjeldfri ved oppnådd pensjonsalder, vil man kunne opprettholde sin vante levestandard med en pensjonsdekning på 70% av arbeidslønnen. Dette gir ikke folketrygden alene.

En industriarbeider vil etter full opptjening i folketrygden få igjen ca 50% av lønnen. Pensjonsordningen bør da gi vedkommende 20% av lønnen i tillegg, slik at man kommer opp i 70%. Det vanlige er en dekning på 66 %.

Jo lavere lønn man har, jo mer dekker folketrygden. Jo høyere lønn, desto mindre dekning.

Pensjonsordningens dekning bør variere, ut fra hvilken sluttlønn AT har. Den bør kunne oppdateres gjennom avtaler når ftrl, eller forskrifter med hjemmel i loven endrer seg slik at man ved en reduksjon i folketrygdens ytelser får ”fylt opp”, til en pensjonsdekning på ca. 70%.

Dersom retten til fortsatt opparbeidelse ikke blir overført ved en virksomhetsoverdragelse, mister industriarbeideren i eksempelet ovenfor opptil 20% av sin vante lønn, avhengig av hvor mye han allerede har opptjent. Dette kan resultere i opptil en halvering av midler ved nådd pensjonsalder i forhold til arbeidslønnen.

⁴⁴ Einar E. Madsen – Kollektive pensjonsavtaler, s.24, s.129

En annen grunn til at pensjonsrettighetene bør overføres er rådsdirektivets formål. Dette har EF – domstolen flere ganger lagt vekt på i sine avgjørelser. Formålet er å ivareta ATs rettigheter, se EF – dommen 2002 s 13.

Formålet begrunnes med AT i relasjon med AG, er den svake part.

Ivaretagelse vil i denne sammenheng kunne være at AT får fortsette i ansettelsesforholdet med den nye AG på samme vilkår som tidligere, inkludert fulle rettigheter i en pensjonsordning.

Andre momenter er forutberegnelighet-, og rettferdighetshensyn.

AT bør kunne regne med at han får beholde og dra nytte av de rettigheter han har blitt forespeilet gjennom pensjonsordningen.

Den økende mobiliteten i arbeidslivet taler også for en overføring av rettigheter.

Dersom en AT har opptjent pensjonsrettigheter i flere arbeidsforhold gjennom et langt yrkesaktivt liv, ville det vært en gunstig ordning for vedkommende å da kunne dratt nytte av sine rettigheter som *en* ytelse, i stedet for å inneha flere fripoliser, utstedt av de forskjellige ordningene⁴⁵

Foretakspensjonsloven og lov om innskuddspensjon løser mange av de tidligere problemene ved overføring av ATs rettigheter ved fusjoner og fisjoner av bedrifter, se lovens kap 13 og 14.

Stortinget har siden 90 – tallet beskåret folketrygdens ytelser på flere områder.

Det har versert saker i Høyesterett, hvorvidt bestemmelser i Grunnloven (heretter Grl.) har blitt brutt, henholdsvis §§ 97 og 105⁴⁶. Også mediene har interessert seg for folketrygdens uvisse skjebne. Denne negative fokuseringen har skapt frykt og usikkerhet i befolkningen.

⁴⁵ Se ”overføringsavtalen”.

⁴⁶ Rt. 1996 s. 1440 – Saken gjaldt spørsmål om vern for trygderettigheter – tilleggspensjon til uførepensjonister – etter Grl. §§ 97 og 105. En lovendring om lavere opptjening av pensjonspoeng, førte til lavere tilleggspensjon. HR kom til at inngrepet ikke var i strid med Grl. §97.

For å sikre seg selv, og en bærekraftig utvikling av folketrygden, mener jeg det burde være i samfunnets interesse at flere opprettet private pensjonsforsikringsordninger. At man skal kunne støtte seg på det såkalte pensjonsfondet er etter min mening en illusorisk tanke, og det har heller ikke vært meningen fra politisk hold at fondet skal oppfylle den funksjonen.

Trygdebudsjettet tar opp ca 1/3 av statsbudsjettet hvert år, mens fondet er på stakkarslige 2/3 av dette igjen. Med andre ord er det ikke nok midler til å utbetale alle opptjente eller tilståtte ytelser i mer enn 9 mnd, før fondet hadde vært tømt.

I dag er ca halvparten av den norske arbeidsstyrken på 2,1 millioner medlemmer av en privat pensjonsforsikring⁴⁷.

Muligheten for en økning vil være betraktelig større ved en bedre sikring av AT rettigheter.

1.4.2 Hvorfor bør ikke pensjonsrettighetene kunne overføres ved en virksomhetsoverdragelse?

Man er sikret en pensjonsutbetaling gjennom de lovfestede ytelsene i ftrl. Dette er ytelser alle vil ta en større eller mindre del av, grunnet det pliktige medlemsskapet i folketrygden. Man skal få dekket sitt behov for livsmidler. Det er derfor ingen grunn til at ervervstilknyttede pensjonsordninger knyttet til alderdom, uførhet eller etterlatte, skal overføres til ny AG.

Det kan også anføres som et argument, at de useriøse aktørene på markedet kan, ved en utstrakt bruk av private pensjonsordninger få større muligheter til å utnytte sine ATs premieinnbetalinger på en ugunstig måte. Dette har vi eksempler på ved konkurs i bedrift hvor pensjon finansieres over driftsbudsjettet⁴⁸, og rettighetene ikke er tilstrekkelig sikret.

⁴⁷ NOU 2000:28

⁴⁸ Pkt 1.3.2.

EU – kommisjonen har også uttalt at det ”vil medføre komplikasjoner dersom erverver skulle gjøres forpliktet til å overta overdragerens plikter på området for supplerende pensjonsordninger”. Jeg vil komme tilbake til denne uttalelsen⁴⁹.

Et annet moment er den forskjellsbehandling det ville medført dersom erverver ble forpliktet til å opprettholde en tidligere pensjonsordning for de AT som ble overført. Forskjellsbehandlingen ville vist seg dersom erververens opprinnelige AT ikke var medlemmer i en sådan ordning. Man ville fått to typer AT; en med pensjonsordning finansiert dels av AG, og en uten. Dette kan hevdes er en usaklig forskjellsbehandling.

2 Rettskilder

I det følgende skal det redegjøres kort for innholdet i de viktigste rettskildene som anvendes i avhandlingen. Dette gjøres med særlig vekt på de to nye lovene, henholdsvis lov om foretakspensjon og lov om innskuddspensjon, ikke bare fordi de er nye, men også fordi deres rolle og innhold vil bli vist til i vesentlig grad gjennom hele avhandlingen.

2.1 Lovtekst

2.1.1 Reglene i lov om arbeidsmiljø

Verneregler for AT er godt spredd i lovgivningen. De viktigste lovene er ferieloven, permitteringslønnsloven og folketrygdlovens bestemmelser, for å nevne noen.

Den mest sentrale loven i denne forbindelse er lov av 4.februar 1977 nr 4 og den regulerer området for arbeidervern og arbeidsmiljø (heretter aml.).

Målsettingen fremgår av lovens § 1. Det er blant annet å skape et arbeidsmiljø som sikrer AT trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger. Men også trygge tilsettingsforhold inngår i vernet.

⁴⁹ Pkt. 7

De bestemmelsene som vil bli spesielt omhandlet, er plassert i lovens kap 12 A, og gjennomfører EØS avtalens vedlegg XVIII pkt 23, nærmere bestemt rådsdirektiv 77/187⁵⁰. Bestemmelsene tar for seg AT rettigheter ved overføring av virksomhet.

2.1.2 Reglene i lov om foretakspensjon

Hovedmålsetningen⁵¹ bak loven om foretakspensjon (heretter: ftpensjl.) har vært å erstatte de tidligere reglene om private tjenstepensjonsordninger som ble gitt i 1968, TPES-reglene. Disse ble gitt i forskrift av 28. juni 1968 nr.3 i medhold av § 44 første ledd, k) i skatteloven av 1911.

Man ønsket en formalisering av den allerede etablerte praksis. Dette gjaldt både uregulerte områder, og områder med uklar lovgivning.

Pensjonsordning i tråd med loven er en avtale mellom AG og et forsikringsselskap med AT som forsikringssubjekt, eller en ordning med egen pensjonskasse innad i bedriften.

Virkeområdet er gitt i §1. Den gjelder pensjonsordning hvor det etter skattelovens § 6-46 har vært gitt eller gis skattefradrag. Videre gjelder den for foretak som har opprettet eller oppretter en slik pensjonsordning.

Det er skattemessige fordeler for AT, i form av at trygdeavgiften reduseres, det betales ikke formuesskatt, og avkastningen beskattes først ved utbetalingen. Men for at disse fordelene skal komme AG og AT til gode må visse vilkår være oppfylt. Ordningen må for det første omfatte alle ansatte i bedriften, se lovens § 3-3, og det er videre krav om forholdsmessig opptjening av pensjon uavhengig av lønn. Det er begrensninger i hvor stor lønn som har betydning for opptjening av pensjon (12 G).

Disse skattemessige fordelene gjør at reglene i loven stor grad blir fulgt.

Etter de tidligere TPES - reglene, kunne man opprettholde medlemsskapet dersom man ble førtidspensjonert. Dette er nå endret, slik at man nå som hovedregel må melde seg ut. Unntak kan gjøres for medlemmer som er omfattet ordningen med AFP.

⁵⁰ Endret. Pkt. 2.6

⁵¹ Johan A. Killengren m. fl., Revisjon og regnskap nr. 4/2001, s 8

Kapittel 13 tar for seg sammenslåing av foretak.

Det følger av § 14 – 2 annet ledd at kapittel 13 også vil gjelde når en del av virksomheten i et foretak blir overført til et annet foretak.

Bestemmelsene kommer til anvendelse når minst ett av de sammenslående foretak har pensjonsordning. Dersom et foretak uten pensjonsordning slås sammen med et foretak med pensjonsordning, må ny egen pensjonsordning opprettes etter lovens regler jfr § 13-2 første ledd.

Den nye ordningen må ta over forpliktelsene tidligere eier hadde i de tidligere pensjonsordningene før sammenslåingen, med mindre alle tidligere ordninger skal opphøre og avvikles etter reglene i loven her.

Utgangspunktet blir etter dette at ordningen med foretakspensjon skal være felles og med like ytelser til alle ansatte.

Lov om foretakspensjon gir i en viss grad muligheter for videreføring av pensjonsordninger ved å praktisere såkalt ”lukking” av ordningene.

Dette kan gjøres hvis ytelsene i den tidligere ordningen var høyere enn i den nye. Den tidligere ordningen kan da videreføres for de AT som allerede var medlemmer ved sammenslåingen, jfr § 13 – 2 tredje ledd.

Det samme kan gjøres dersom den tidligere ordningen var ytelsesbasert, og den nye skal være innskuddsbasert, jfr lov om innskuddspensjon § 11 – 2 tredje ledd.

Dersom virksomheten etter sammenslåing ikke skal ha pensjonsordning, kan den allerede eksisterende pensjonsordning fra en av sammenslåingsvirksomhetene lukkes og bare gjelde for allerede innmeldte medlemmer, jfr ftpensjl. § 13 – 5.

Loven har satt opp enkelte vilkår for at man skal kunne benytte seg av denne ”lukkingen”.

Dersom virksomheten før sammenslåingen hadde mer enn en pensjonsordning, må alle ordninger videreføres.

Ordningen må videre være opprettet mer enn tre år i forveien for sammenslåingen, jfr. § 13 – 5 annet ledd, for at den skal kunne ”lukkes”. Er den opprettet eller endret etter det, kreves samtykke fra Kredittilsynet, jfr lovens § 13 – 3 annet ledd.

2.1.3 Reglene i lov om innskuddspensjon

I motsetning til ordningene regulert i lov om foretakspensjon, skal ordningen med innskuddspensjon gi virksomhetene et sikkert estimat på kostnadene til sin pensjonsordning for sine ansatte.

Premien er definert som et produkt, i motsetning til de ytelsesbaserte ordningene hvor det er ytelsen som er definert.

Virkeområdet er det samme som for de ytelsesbaserte.

En umiddelbar forskjell fra lov om foretakspensjon er hvilke institusjoner som tilbyr ordningene. Pensjonsordning etter lov om foretakspensjon kan kun opprettes som pensjonsforsikring i et livsforsikringsselskap eller som ordning i egen pensjonskasse. Innskuddspensjon kan på den annen side tilbys av flere aktører enn de tradisjonelle forsikringsselskap ettersom ordningen kan opprettes etter avtale med institusjon som har tillatelse til å drive slik virksomhet – bank, forsikringsselskap, pensjonskasse eller forvaltningsselskap for verdipapirfond

Loven inneholder hvilke krav til medlemskap, kapitalforvaltning, innskudd med videre som får anvendelse i en innskuddsbasert pensjonsordning som har en skattemessig særordning i samme utstrekning som ordningene i lov om foretakspensjon. Dette er regulert i skattelovens § 6 – 46.

Lov om innskuddspensjon har også regler ved sammenslåing av foretak. Dette reguleres i lovens kapittel 11, og bestemmelsene får anvendelse dersom en av de sammenslående virksomhetene har en innskuddsbasert pensjonsordning.

Dersom virksomheten etter sammenslåingen vil fortsette med pensjonsordningen, må det opprettes en ny for alle ansatte. Tidligere opptjente rettigheter overføres til den nye ordningen.

I likhet med lov om foretakspensjon, kan virksomhetene benytte seg av såkalt ”lukking” av pensjonsordningen.

Et felles vilkår for de tre formene for ”lukking” loven gir anvisning på, er at virksomheten må videreføre ALLE de tidligere pensjonsordningene i de sammenslående virksomhetene, jfr § 11 – 2 fjerde ledd.

2.2 Forarbeider

Først og fremst vil de relevante og anvendte forarbeider være Norges Offentlige Utredninger (heretter; NOU), blant andre; NOU 1983: 56 (Personforsikringsloven) og NOU 1994: 6 (Private pensjonsordninger), og Odelstingsproposisjoner (heretter; Ot. Prp.). Disse vil brukes for å utdype lovgivers mening, for eksempel ved tolking av lovtekst, videre for å belyse hvilke reelle hensyn som er tatt i betraktning ved utformingen av reglene, og ved ren begrepsforklaring.

Den rettskildemessige betydningen kan variere blant annet på grunn av forarbeidenes alder, dersom samfunnsutviklingen har endret seg mye fra det tidspunktet de ble til.

2.3 Rettspraksis

2.3.1 Rettspraksis fra Høyesterett

Utgangspunktet for avhandlingen er blant annet HRs avgjørelse i Rt. 1997 s.1965, som omhandler ATs pensjonsrettigheter ved overdragelse av virksomhet.

Avgjørelsen er den første fra HR som behandler dette temaet.

Den har derfor stor rettskildemessig betydning, og bidrar til en avklaring av rettsstillingen, blant annet ved å tolke rekkevidden av aml. § 73 B, da spesielt nr 3.

Slike avgjørelser fra HR kalles undertiden prejudikater, og vil normalt bli fulgt senere både av underrettsdommer og av HR selv⁵².

Dommer fra Lagmannsretten vil også bli brukt som kilde i avhandlingen.

⁵² Carl A. Fleischer, Rettskilder og juridisk metode, Oslo 1998| s.127.

Deres vekt vil variere, men de belyser problemstillinger, og rettens drøftelser og resultater kan tas til inntekt for tendenser i forskjellige retninger.

2.3.2 Rettspraksis fra EFTA – Domstolen

EFTA – domstolen har samme typer funksjoner ovenfor EFTA – statene, som EF – domstolen har i EU – område. Noen av domstolens myndighetsoppgaver er fremstilt i EØS – avtalens art 108 nr. 2.

EFTA – Domstolen har i denne saken gitt en rådgivende uttalelse om tolkningen av rådsdirektiv 77/187⁵³, i tråd med lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5 (heretter dl.) §51 a. Denne uttalelsen er relevant ikke minst fordi Norge er medlem av EØS – avtalen og direktivet er inntatt som norsk lov, men også fordi det var Norge som forela spørsmålet for EFTA – Domstolen.

EFTA – domstolen skal så langt det er mulig sørge for en praksis som er i samsvar med den fra EF – domstolen. Det vil si at domstolen skal ta tilbørlig hensyn til de prinsipper som blir fastlagt gjennom EF- domstolens avgjørelser, jfr ODA art. 3 nr. 2.

På området for pensjonsrettigheter ved overføring av virksomhet forelå det ingen avgjørelse fra EF – domstolen som direkte omhandlet spørsmålet, eller som EFTA – domstolen kunne nytte som rettskilde ved sin tolkning av den aktuelle direktiv bestemmelsen. Men som vi skal se baserte EFTA – domstolen mye av sin begrunnelse på EF – domstolens tidligere tolkning av direktivets formål.

2.3.3 Rettspraksis fra EF – Domstolen

Det vil bli gjort rede for denne domstolens stilling i norsk rett senere i avhandlingen.

Det er en relativt ny dom fra EF – Domstolen som gjør spørsmålet om rettsstilstanden angående overføring av pensjonsrettigheter interessant, nemlig dom av 24. juni 2002.

Siden medlemslandene i EØS gjennom avalen har en egen EFTA – domstol, som blant annet er forpliktet til å følge de retningslinjer og rettslige føringer som EU legger,

⁵³ Nå rådsdirektiv 2001/23/EF.

er EF – Domstolens avgjørelser en meget relevant og viktig rettskilde for tolkningen av både det tidligere nevnte rådsdirektiv og den gjennomførende norske bestemmelsen i am.l. § 73 B.

2.4 Andre konvensjonsbestemmelser

I denne avhandling er det særlig et direktiv som står sentralt.

Direktiver er rettet mot medlemsstatene, og de må selv gjennomføre dem i sin egen interne lovgivning⁵⁴.

Rådsdirektiv 2001/23/EØF, gjelder arbeidstakeres pensjonsrettigheter ”dersom medlemsstaten ikke har bestemt noe annet”, det er således et minimumsdirektiv.

Direktivet ble vedtatt av rådet for det Europeiske Fellesskap.

Medlemsstatene kan bestemme at overdrageren, i tillegg til erververen, fortsatt skal være ansvarlig for forpliktelser begrunnet i en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold etter den dato en overdragelse i henhold til artikkel 1 nr. 1 har funnet sted.

Etter en overdragelse skal erververen opprettholde de arbeidsvilkår som er fastlagt i en tariffavtale på samme betingelser som overdrageren, inntil den dato tariffavtalen sies opp eller utløper eller en annen tariffavtale trer i kraft eller kommer til anvendelse.

Medlemsstatene kan begrense perioden for opprettholdelse av slike arbeidsvilkår, forutsatt at perioden varer minst ett år.

Rådsdirektiv 77/187, ble endret ved rådsdirektiv 98/50/EF. Formålet var å kodifisere EF – Domstolens praksis, og å klargjøre enkelte bestemmelser.

Medlemslandenes mulighet til å fravike unntaket ble tilføyd innledningsvis.

Men ettersom det er et minimumsdirektiv, innebar tilføyelsen kun en presisering av rettigheter medlemsstatene allerede hadde.

Ved rådsdirektiv 2001/23/EF ble de to nevnte direktivene slått sammen og formelt opphevet. Direktivet inneholder ingen materielle endringer fra direktivet behandlet av Høyesterett eller EF – Domstolen.

⁵⁴ Mette Klingsten, ”ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse, Danmark 2002, s. 22,

Endringsdirektivet (98/50) ble implementert i aml. ved endringslov av 15. juni 2001 nr. 33.

Rådsdirektivet er relevant som rettskilde da det har stor betydning for tolkningen av den norske bestemmelsen i am.l. § 73B.

2.5 Motstrid?

2.5.1 Grunnleggende utgangspunkter.

Norsk retts forhold til folkerett styres av et overordnet prinsipp – suverenitetsprinsippet.

Staten har eksklusiv myndighet innad, men velger også selv om den vil forplikte seg utad og om disse forpliktelsene skal være gjeldende intern rett.

Dette er et utslag av det dualistiske systemet i Norge. Det er basert på at det norske rettssystem er eget, uavhengig og atskilt fra folkeretten. Folkerettslige regler som skal bli en del av norsk rett, må inkorporeres i sin helhet eller gjennomgå en transformasjon. Men til tross for det dualistiske system, har man utviklet presumpsjonsprinsippet som anvendes ved fortolkningen av de folkerettslige reglene.

Her reiser det seg et grunnleggende rettskildespørsmål.

2.5.2 Hva er situasjonen dersom det er strid mellom norsk lov og et EU direktiv, som gjennom EØS-avtalen er gjort gjeldende for Norge, slik det er med rådsdirektiv 2001/23/EF.

Ved fortolkningen av norsk rett, velger man tradisjonelt det alternativet som er mest forenelig med folkeretten. Dette er et utslag av det foran nevnte presumpsjonsprinsippet, som inneholder en presumpsjon om at norsk rett samsvarer med folkeretten⁵⁵. Om dette også er tilfelle når det gjelder traktater er det delte meninger om⁵⁶.

⁵⁵ Eckhoff, Torstein, Rettskildelære, 4. utgave ved Jan Helgesen, Oslo 1997.

⁵⁶ Stephan L. Jervell, Lovgivningen i EØS, Oslo 2002, s 176.

At noe er fastslått i traktat mellom stater, mener jeg kan være et argument for at innholdet er basert på alminnelig folkerett, og at traktaten er en kodifisering av denne.

Norge har ved EØS – loven av 27.november 1992 nr. 109, gjort EØS – avtalens hoveddel til en del av norsk rett, jfr § 1. Dette ble gjort ved inkorporasjon. Denne fremgangsmåten medførte at bestemmelsene ble tatt inn i loven ord for ord. Med dette oppnår man målet om likt regelverk i EØS⁵⁷.

Vedtaket av EØS – avtalen førte til at vi tok inn en bestemmelse om EØS – reglenes forrang i EØS – loven. Ved motstrid skal norsk lov vike, jfr § 2.

De forordningene og direktivene som allerede var vedtatt innad i EU, og som omhandler fellesområdene, ble gjennom EØS – avtalen gjort til en del av norsk rett. Da EØS- avtalen ble vedtatt, utformet man flere vedlegg som inneholdt de tidligere rettsakter fra EU. Disse ble en del av avtalen gjennom art 119, og ble vedtatt sammen med avtalen. Dette for å få en ensrettet praksis.

Spørsmålet ble så hvordan man skulle forholde seg til den *fremtidige* lovgivningen fra EU. Dette problemet ble løst ved opprettelsen av EØS-komiteen. Her er alle medlemslandene representert, se EØS art 98 og 102⁵⁸.

Etter vedtak i EU, skal regelverket opp til behandling i komiteen. Målet her er at EFTA – landene frivillig og enstemmig skal enes om å innta bestemmelsene, og vedta dem som en del av avtalen⁵⁹, samtidig med at EU inntar dem i sitt regelverk.

Men EØS – lovens § 1 gjør ikke vedleggene og de rettsakter disse henviser til, automatisk til en del av norsk rett⁶⁰. Dette gjelder både tidligere vedlegg og de som har kommet til etter vedtagelsen av avtalen. Dette fordi EØS - lovens § 1 bare omhandler avtalens hoveddel. Men i hoveddelen er det tatt inn en bestemmelse i art. 7, hvor rettsakter inntatt i vedlegg gjøres bindende, og til en del av den interne rettsorden.

⁵⁷ Stephan L. Jervell, Lovgivningen i EØS, Oslo 2002, s 94.

⁵⁸ Stephan L. Jervell, Lovgivningen i EØS, Oslo 2002 s. 20

⁵⁹ Carl A. Fleischer, Rettskilder og juridisk metode, Gjøvik 1998, s. 520

⁶⁰ Carl A. Fleischer, Rettskilder og juridisk metode, Gjøvik 1998, s 520

Forordninger som kommer til gjennom EUs lovgivning, og som blir enstemmig vedtatt etter behandling i EØS komiteen skal ”*som sådan*” gjøres til en del av den interne rett, jfr art 7 bokstav a. Disse er allmenngyldige og gjelder umiddelbart⁶¹.

Gjennomføringen er en annen for direktivene. I utgangspunktet er ikke disse bindende for borgerne, men retter seg mot medlemsstatene⁶². Det er opp til disse selv å ”*bestemme formen og midlene for gjennomføringen*” jfr. art 7 bokstav b.

EØS-avtalen vil for det første, enten man anser den for å omfattes av presumpsjonsprinsippet eller ikke, ha selvstendig verdi som fortolkningsmoment og rettskildefaktor i norsk rett.

For det andre er det fastsatt i EØS-avtalens forarbeider at det skal gjelde et presumpsjonsprinsipp i forhold til avtalen; ”*..norske domstoler må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat*”⁶³.

Det er videre slått fast i Rt. 2000 s1811, Finanger– dommen, at presumpsjonsprinsippet anvendes ved feilaktige eller ikke-gjennomførte EØS-forpliktelser. Dommen blir behandlet nedenfor.

Presumpsjonsprinsippet må suppleres med lojalitetsprinsippet i EØS-avtalens art. 3, jfr EØS-lovens § 1.

Innholdet er uklart. Graver mener prinsippet i utgangspunktet må inneholde de samme elementene som presumpsjonsprinsippet, og at det av den grunn er lovfestet i norsk rett gjennom EØS-avtalens art. 3, og EØS-lovens § 1⁶⁴.

I henhold til lojalitetsplikten i EF- traktatens art. 10, har EF-domstolen fastslått at de nasjonale domstolene er forpliktet til å fortolke den interne rett i lys av fellesskapsretten. Jervell⁶⁵ mener dette må gjelde likedan i forhold til EØS-avtalens art.3.

⁶¹ Mette Klingsten, “ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse” Danmark 2002, s 16, pkt 5.6

⁶² Se note nr. 28

⁶³ Ot.prp. nr 79 (1991-92) s. 4 - 5

⁶⁴ Upublisert materiale, gjengitt av Stephan L.Jervell, Lovgivningen i EØS, Oslo 2002, fra Graver, Virkninger s. 6.

Dette synet medfører at nasjonale domstoler er forpliktet til å finne EØS-konforme tolkningsløsninger innenfor rammene av nasjonal lovgivning.

I Finanger-dommen⁶⁶ er disse aspektene ved tolkning behandlet, da særlig direktivkonform fortolkning.

EF – domstolen har selv uttalt seg om dens egne avgjørelser om forrang og direkte virkning av traktatbestemmelsene i EUs medlemsland. Disse to prinsippene er noe av det viktigste EF – domstolen har bidratt med til utviklingen av EF – retten⁶⁷. Uttalelsen kom i forbindelse med en vurdering av hvorvidt EØS – avtalen var i samsvar med Romatraktaten, som den foretok i 1991⁶⁸.

Den påpekte først at det ikke overføres noen suverenitet fra EFTA – statene til organisasjonens sentrale organer. Dette taler for at prinsippene om forrang og direkte virkning ikke gjelder i EØS.

Domstolen viser til EØS – avtalens art. 6 og mener denne ikke er tilstrekkelig klar på om den gjennomfører EF – domstolens avgjørelse på dette punktet.

Den uttaler at i følge protokoll nr. 35 til EØS – avtalen har de avtalepartene bare forpliktet seg til å gi en lovhjemmel i den nasjonale rett slik at EØS – lovgivningen ved motstrid går foran de nasjonale reglene. Den finner intet grunnlag for at også prinsippene om forrang og direkte virkning er gjeldende her.

EF – domstolen har ikke offisielt endret oppfatning på dette punktet.

Motstandere av dette synet hevder at EØS – avtalen i en viss grad inneholder regler om forrang og direkte virkning⁶⁹. De mener EF – domstolens uttalelse er riktig, men mener den er gitt med en tidsbegrensning, slik at prinsippene gjelder etter en liten innkjøringsperiode.

⁶⁵ Stephan L. Jervell, Lovgivningen i EØS, Oslo 2002 s. 178.

⁶⁶ Rt 2000 s. 1811

⁶⁷ van Gend en Loos – saken, nr 26/62

⁶⁸ 1/99

⁶⁹ Stephan L. Jervell, Lovgivningen i EØS, Oslo 2002, s.186 flg.

En reservasjon blir gitt; prinsippene er bare gjeldende for de reglene som forelå ved EØS – avtalens inngåelse.

Et annet argument for direkte virkning og forrang, er hensynet til individene ved forsinket, manglende eller for sen gjennomføring av nye regler i EØS - avtalen.

Direkte virkning ville da ført til at reglene allerede var gjeldende rett til tross for feilen, og eventuelle økonomiske tap ville vært unngått.

Finanger – dommen Rt. 2000 s.1811⁷⁰

Finanger ble skadet da bilen hun var passasjer i, kjørte av veien. Hun visste sjåføren hadde drukket alkohol.

Hennes krav om erstatning ble avslått med henvisning til bilansvarsloven (heretter bal.) av 3. februar 1961 § 7 tredje ledd bokstav b.

Saken gikk til Frostating Lagmannsrett hvor Finanger ble tilkjent erstatning med den begrunnelse at bal. § 7 måtte stå tilbake for motorvognsforsikringsdirektivene⁷¹ (heretter mvfdir).

Forsikringsselskapet anket saken til HR , som forela det sentrale tolkingsspørsmålet for EFTA – domstolen, jfr dl. § 51 a ⁷², jfr ODA art. 34⁷³, nemlig hvorvidt det var uforenelig med EØS-reglene å nekte erstatning i et tilfelle som det foreliggende. EFTA - domstolen fant at det var uforenelig med mvfdir. at passasjerer ble nektet forsikringsdekning dersom de satt på med en sjåfør de visste var påvirket av alkohol.

HR behandlet så forholdet mellom bal. § 7 tredje ledd bokstav b, og mvfdir.

HR fastslo at EFTA-domstolens uttalelse måtte tillegges betydelig vekt.

⁷⁰ Stephan L Jervell, Lovgivningen i EØS, Oslo 2002, s 197 flg., Jussens Venner nr. 3/2001 s. 199 og 2/2001 s. 73 og 89.

⁷¹ 72/166/EEC, 84/5/EEC, 90/232/EEC

⁷² Lov av 13 august 1915 nr 5

⁷³ Vedlegg til EØS-loven: Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol.

Den konkluderte med at den norske ordningen i bal. § 7 måtte anses for å være i strid med mvfdir., fordi bal. beskar skadelidtes adgang til erstatning i større grad enn det som følger av mvfdir.

HR tok utgangspunkt i at direktivene allerede var vedtatt da Norge ble medlem av EØS. Det var klart at norske myndigheter visste om direktivene, fordi man på grunn av disse hadde gjennomført endringer i bal. Man endret ikke bal. § 7 tredje ledd bokstav b, fordi man mente denne var i samsvar med direktivene⁷⁴.

For flertallet var denne lovgiverviljen avgjørende.

HR uttaler videre at selv om direktivet ikke har direkte virkning i norsk rett, så har det betydning som tolkningsmoment i forhold til norske lovbestemmelser. Allerede her mener HR at EØS – avtalen ikke etablerer direkte virkning.

På bakgrunn av EF-domstolens lære om direktivkonform tolkning vurderer HR om motstriden mellom mvfdir. og bal. § 7 kan bortfortolkes, men kommer til at læren ikke kan strekkes så langt at *”klar motstrid mellom nasjonal rett og EØS-rett kan tolkes bort”*.

HR vurderer så hvorvidt presumpsjonsprinsippet kunne løse motstriden.

Sentralt var innholdet i presumpsjonsprinsippet der lovgiver hadde opprettholdt en lovbestemmelse etter at forholdet til EØS-retten var vurdert. HR fastslo at man i slike tilfeller ikke kan se bort fra lovbestemmelsen, og heller ikke den klare ordlyden i bal. §7. HR konkluderer altså med at den norske bal. §7 tredje ledd bokstav b gir anledning til å utelukke skadelidte fra erstatning. Domstolen konstaterer videre at loven er i strid med EØS-avtalen og at motstriden ikke kan avhjelpes.

Av dette ser vi at det ”dualistiske-prinsippet” fortsatt må legges til grunn. Dette vil også gjelde ved et EU- medlemskap. Unions - organene vil da ha større beslutningsmyndighet, og prinsippet om forrang og direkte virkning vil bli anvendelige.

⁷⁴ Ot. prp. nr 71 (1991-92) s.15

At vi bygger på dualisme, vil ikke si at internasjonale regler er uten betydning. Men systemet medfører at vi må ha en hjemmel for at reglene skal ha virkning i intern rett, og for at de skal gå foran ved en eventuell motsrid⁷⁵.

Domstolene må følge norsk lov selv om det viser seg at disse er i strid med folkeretten, slik HR gjorde i Finanger-dommen .

Dette finner man også støtte for i Rt. 1997 s. 580, OFS – saken.

Her behandlet HR gyldigheten av et streikeforbud i provisorisk anordning 1. juli 1994 om lønnsnemsbehandling av arbeidstvistene i oljesektoren ved tariffrevisjonen 1. juli 1994. Saken gjaldt blant annet om streikeforbudet var i strid med Norges folkerettslige forpliktelser etter blant annet EMK art. 11, ILO – konvensjonene nr 87 og 98, de to FN – konvensjonene SP og ØSK, og den europeiske sosialpakt.

HR finner at det ikke foreligger noen forpliktelse for Norge til å begrense bruken av tvungen lønnsnemnd etter de påberopte konvensjoner, når betydelige samfunnsmessige interesser tilsier inngripen i en konflikt.

Men HR uttaler som et obiter dicta at *”dersom det er en klar motstrid mellom folkerettslige bestemmelser og norsk rett, vil imidlertid utgangspunktet måtte være at den interne rett går foran”*.

HR viser så til forarbeidene til lov om gjennomføring av EØS - reglene⁷⁶, hvor Stortingets utenriks- og konstitusjonskomite uttalte at norske domstoler må anvende de norske lover, selv om dette fører til at Norge bryter sine folkerettslige forpliktelser

Etter dette peker betydelige rettskilder i retning av at det ved en motstrid mellom norsk rett og som i vårt tilfelle ,et rådsdirektiv, som ikke kan avhjelpes ved tolkning, skal norsk rett gis forrang.

⁷⁵ Alminnelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 § 1

⁷⁶ Innst. O. nr. 14 (1992 – 93) s. 4 – 5.

3 EU rettens stilling i norsk rett

3.1 Generelle bemerkninger

Norge er knyttet til EU gjennom en rekke forbindelser⁷⁷.

Økonomisk sett har vi en sterk tilknytning gjennom vår handel med medlemsstatene.

Politisk er det de faste institusjonelle ordningene som binder oss sammen; Nordisk Råd, NATO osv.

Norge har også en sterk tilknytning til EU gjennom egne avtaler om felles regler og institusjonelle samarbeidsformer: EØS – avtalen. Partene er EU og medlemsstatene i EFTA⁷⁸ (Det europeiske frihandelsområdet).

Avtalen innebærer en tilknytning til EU's indre marked med unntak for økonomisk politikk, penge- og valutapolitikk, landbruks- og fiskerisektoren og handelen med tredjelandssvarer. Samarbeidet innen unionen under de såkalte andre og tredje søyler, dvs utenriks- og sikkerhetspolitikken og justis- og innenrikssaker er ikke omfattet.

EØS – avtalen har blitt utvidet flere ganger, ved at nye rettsakter i EU er tatt inn som vedlegg, i henhold til beslutning i EØS – komiteen etter avtalens art. 102.

Med dette ser vi at EUs regelverk har fått en indirekte virkning i norsk rett.

3.2 Er norsk rett bundet av avgjørelser fra EU-domstolen?

EØS – avtalen er som tidligere nevnt bygd opp av regler som opprinnelig ble vedtatt for EUs medlemsland. Mange av bestemmelsene i de to regelverkene er så og si helt identiske.

Som eksempel kan nevnes EØS – avtalens art. 4; ” *Enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtales virkeområde...* ”.

Den tilsvarende regelen finnes i EF – traktatens art 6.

Dette er bakgrunnen for at EF – domstolens tidligere avgjørelser gjennom

EØS – avtalens art. 6, har blitt ”akseptert”⁷⁹, og gjort bindende for medlemsstatene.

⁷⁷ Makt og demokratiutredningen, 1998 – 2003, Rapportserien, Nr 19 okt 2000. ISSN 1501-3065

⁷⁸ Norge, Island og Lichtenstein

⁷⁹ Carl A. Fleischer, Rettskilder og metode, Gjøvik 1998 s. 521

Man sikret dermed at EØS – landene ved anvendelse av reglene tolket bestemmelsene man hadde i fellesskap, i lys av EF – domstolens *tidligere* avgjørelser, forut for vedtagelsen av EØS – avtalen.

På den annen side finnes det ingen holdepunkter i EØS – avtalen for at vi skal være bundet av *senere* avgjørelser fra EF – domstolen. Det ble tvert om tatt forbehold mot den fremtidige rettspraksis, jfr art 6.

Det er primært EFTA – domstolen som skal ta seg av tolkningsspørsmål som oppstår ved anvendelsen av EØS – reglene.

Domstolen gir blant annet rådgivende uttalelser til medlemsstatene dersom det oppstår tolkningstvil i den interne rett, og de nasjonale domstoler ber om en fortolkning, jfr ODA⁸⁰ art. 34, jfr dl §51 a. EFTA – domstolens uttalelse er ikke bindende for medlemsstatenes domstoler, kun rådgivende. Men de inneholder en sterk indikasjon på hva det juridiske innholdet av regelen er, som jeg tror de fleste domstoler vil vegre seg mot å avvike fra.

Selv om det ble gjort reservasjoner mot avgjørelser fra EF – domstolen etter vedtagelsen av EØS – avtalen, er det i ODA – avtalens art 3 lagt til grunn at både domstolen og overvåkingsorganet i EFTA, skal ta ”..*tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet etter*⁸¹ *undertegning av EØS – avtalen...*”

Dette gjelder kun avgjørelser som anvender og tolker regler som er identiske i de to sammenslutningene.

Avgjørelsene vil bli tillagt betydelig vekt i norsk rett ut fra målet om å opprettholde felles regler i det indre marked, og ut fra domstolenes plikt til å tolke norsk rett i lys av dette målet⁸².

På denne måten sikrer man en ensrettet praksis, og videre at EFTA – domstolen og dennes fortolkning av reglene følger den stadige rettsutvikling i EU.

⁸⁰ Avtale mellom EFTA – statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol, inngått i 1994.

⁸¹ Min utheving.

⁸² Makt- og demokratiutredningen, Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler, s. 79

3.2.1 Hva blir situasjonen der EF – domstolens avgjørelse er strid med en tidligere avgjørelse fra HR?

Spørsmålet blir hvorvidt norske domstoler er **bundet** av en avgjørelse fra EF – domstolen som strider mot rettstilstanden i Norge.

Som vist til i forrige punkt, har ikke EF – domstolens avgjørelser noen direkte virkning i norsk rett. Men gjennom ODA – avtalen og dens regler om EFTA – domstolens plikt til å ta tilbørlig hensyn, får avgjørelsene en indirekte virkning, og er med på å styre rettsutviklingen i Norge.

Først er det viktig å klargjøre hva som ligger i begrepet ”tilbørlig hensyn”.

Dette vil kunne variere fra sak til sak, men sentralt er utøvelse av forsvarlighet og lojalitet i forhold til et av EUs overordnede mål; ensartet praksis av, slik at de nasjonale bestemmelsene kan nærme seg hverandre, jfr EF – traktaten art. 3 bokstav h. Dette begrunnes videre i ønsket om å nå de mål som er satt i art 2, blant annet *”et felles marked og en økonomisk og monetær union”*

Disse målene vil også gjelde for Norge, ved gjennomføringen og ved anvendelsen av de reglene vi har felles med EU.

Hvor mye virkning kan vi tillate at EF – domstolen gir gjennom sin rettsskapende virksomhet, uten at den dermed får direkte virkning i norsk rett?

Det er fastslått i Grl. at *”beføielser der efter denne Grundlov ellers tilligge Statens Myndigheder”* kun kan overlates til en internasjonal sammenslutning dersom 3/4 av Stortinget ved 2/3 fremmøte, bestemmer så, jfr Grl § 93. Blant disse beføyelsene finner vi lovgivningsmyndigheten.

Selv medlemslandene i EU yter til tider motstand mot EF – domstolens avgjørelser.

Dette skjer sjeldent, men er prinsipielt interessant, for det viser medlemsstatenes tilnærming til EF – domstolens stilling i tilfeller med mulig motstrid. Særlig hvor avgjørelsen befinner seg på områder med stor betydning for statene, for eksempel det forfatningsrettslige området.

Den tyske Administrative Domstol uttalte etter en avgjørelse fra EF – domstolen i sak 11/70⁸³ ; *”This chamber agrees with those who wish to test Community law against the fundamental principles of the Constitution, since a critical appraisal of the views set out above shows that the view that Community law takes precedence cannot be based on any legal foundation”*

Domstolen ytrer en bekymring for at de allerede har gitt EF – domstolen for mye myndighet på det konstitusjonelle området. Bekymringen var også stor for at den videre prosessen ville frata Tyskland herredømme over andre grunnleggende rettsområder, og at de dermed ga all utøvende makt til et organ som ikke er bundet av de grunnleggende garantiene som finnes i den tyske grunnloven.

Retten krevde en avgjørelse fra ”the Federal Constitutional Court” (Bundesverfassungsgericht), og det fikk den i 1974⁸⁴.

Resultatet ble at retten nektet å godta EUs status som overnasjonal lovgivningsforvalter.

I dag er situasjonen annerledes i Tyskland⁸⁵, men det viser at selv de landene som har gått inn i unionen, ikke i alle tilfeller automatisk bøyer av for EU- domstolens avgjørelser.

Hva er situasjonen i Norge dersom HR og EF – domstolen , ved anvendelse av den samme bestemmelsen, kommer til forskjellige resultater?

Norges forhold til EF – domstolen styres av vårt EØS –medlemskap, som innebærer en befatning med EFTA – domstolen.

EFTA- domstolen skal tolke EØS - reglene og således gi norske domstoler veiledning. Her oppstår som regel ingen konflikter, da EFTA – domstolen tar utgangspunkt i EF – domstolens tidligere tolkning av bestemmelsene, og viderefører den til tolkningen av de identiske EØS – bestemmelsene.

⁸³ Paul Craig, Grainne de Burka, EU Law, Oxford 1991, s 269

⁸⁴ (1974) 2 CMLR 540, s 549-50

⁸⁵ Paul Craig, Grainne de Burka, EU Law, Oxford 1991, s 271

Som det har blitt gjort rede for har ikke EF – domstolens avgjørelser direkte virkning i norsk rett, men gjennom EØS – reglene presumeres det at norsk rett er i samsvar med EU - retten på de forpliktende områdene.

Dersom presumpsjonsprinsippet ikke kan anvendes fordi motstriden er for klar, kan det argumenteres for at norske domstoler ved neste gangs anvendelse av samme regel må anvende EF – domstolens tolkingsalternativ. Dette er jo uproblematisk i forhold til EFTA – domstolen, da dennes rådgivende uttalelse er ”ikke-bindende”. Videre må EFTA – domstolen i neste sak med samme bestemmelse, ta tilbørlig hensyn til de prinsipper EF – domstolen har lagt til grunn ved tolkingen, jfr ODA art. 3 nr.2.

Men HR har lagt en annen løsning til grunn. I Finanger – dommen fant HR at norsk rett var i strid med EØS – direktiver, og lot de norske reglene gå foran. Det samme gjorde HR i Rt 1989 s. 590.

Det samme mener jeg må gjelde for Norges forhold til EF – domstolens avgjørelser.

Maktfordelingsprinsippet⁸⁶ forutsetter en tredeling av makten på tre uavhengige institusjoner. Av dette er det klart at St.t er den lovgivende makt, regjeringen den utøvende makt og domstolene den dømmende. Men dette skillet er allikevel ikke alltid så skarpt.

Domstolene, og da spesielt HR, får i mange tilfeller en lovgiverfunksjon gjennom sin rettsskapende virksomhet.

Dette skjer hvor loven ikke er klar, og HR finner løsning den anser for å være i samsvar med anerkjente tolkningsprinsipper. Slik kan HR på et område som ikke er direkte regulert av lovgivningen, skape rett som i senere saker vil bli fulgt.

Men på de områdene hvor norsk rett strider med folkeretten, i dette tilfellet med EF – domstolen, må HR gi norsk rett forrang. Hvis ikke griper den for langt inn i St.t lovgivningsmyndighet, som er gitt i Grl § 49.

Resultatet kan da bli et folkerettslig ansvar for Norge⁸⁷

⁸⁶ Johs. Andeneæs, Statsfofatningen i Norge, Oslo 1994, s.50 -53

⁸⁷ Johs. Andenæs, Statsforvaltningen i Norge, Oslo 1994, s 370.

4 Rettstilstanden i Norge vedrørende arbeidstakers pensjonsrettigheter ved overføring av virksomhet før EF – dommen 4. juni 2002

4.1 Innledning - hovedregel

Hovedregelen følger av aml. § 73 B nr 1 og 2, som gjennomfører direktiv 2001/23/EØF art 3 nr. 1 og 3, i norsk rett. Det var ved implementeringen av direktivet i norsk rett ikke meningen fra lovgivers side å utvide AT rettigheter i forhold til det som allerede følger av direktivet⁸⁸.

Etter en tolkning av disse bestemmelsene har AT rett til å få overført sitt arbeidsforhold med uendrede lønns- og arbeidsvilkår til ny arbeidsgiver ved en overføring av virksomhet. Dette gjelder kun de individuelle vilkår, og ikke andre kollektive rettigheter som følger av tariffavtale.

Utgangspunktet er at arbeidsforholdet følger virksomheten uten påvirkning av et innehaverskifte. AT opprettholder de lønns- og arbeidsvilkår han hadde før overføringen, slik disse fremstår i arbeidsavtale, arbeidsforhold og/eller tariffavtale på overføringstidspunktet. Det er således ingen endringer i den kontraktsrettslige posisjonen AT har i forhold til AG.

Erververen får heller ingen større eller mindre rett til å endre arbeidsforholdet enn det overdrager hadde⁸⁹.

Dette synet deles av EF – domstolen, særlig nevnes Case 324/86 Daddy's Dance Hall, 1998 ECR 739.

Som presisert i pkt. 2.1.2 foran så skiller vi mellom allerede opptjente rettigheter og rett til fremtidig opptjening av pensjonsrettigheter.

I samme punkt klargjøres det at en rettighetsoverføring forutsetter at det rent faktisk foreligger en rettighet for AT.

I forutsetningen ligger at en AG ikke *ensidig* kan endre eller frata en AT rettigheter denne har som følge av en arbeidsavtale eller i henhold til et arbeidsforhold.

⁸⁸ Ot. Prp. Nr. 71 (1991 – 92) s.15.

⁸⁹ Underutvalgets Utredning 22. mars 2002, s 6

Spørsmålet er om AT har en *rett* til å få overført disse rettighetene uforandret til ny AG, og om pensjon er en rettighet man i så fall kan overføre.

I det private næringsliv er pensjon som tidligere skissert⁹⁰, organisert og regulert i flere forskjellige former mellom AT, AG og forsikringsselskap. Disse står til hverandre som i et trekantforhold, hvor AT har en arbeidsavtale med AG, og AG har en forsikringsavtale med forsikringsselskapet til fordel for AT.

Et alternativ er som nevnt egen pensjonskasse i selve bedriften.

Gjennom premieinnbetalinger opptjener AT løpende rettigheter i pensjonsordningen. Men opprettelse av en pensjonsordning, vil i seg selv ikke gi de ansatte *rett* til fremtidig premieinnbetaling.

AT er nemlig ikke part i avtalen om pensjonsforsikring. Dette er en avtale AG har med det aktuelle forsikringsselskap.

Dersom AT skal ha en *rett* til premieinnbetaling, må dette fremkomme av arbeidsavtalen, tariffavtale eller arbeidsforholdet for øvrig.

Forsikringsavtaler åpner normalt sett for endringer i innhold og for oppsigelse av avtalen. Men det kan finnes begrensninger som hindrer AG i å nyte full handlefrihet i forhold til pensjonsordningen, enten i arbeidsavtalen, tariffavtalen eller i arbeidsforholdet forøvrig

AGs muligheter til å endre pensjonsordningen, avhenger blant annet av hvorvidt denne er opprettet ensidig av bedriften, og om bedriften har tatt forbehold om endringer eller forbeholdt seg retten til å avvikle ordningen.

Ved ensidig opprettelse fra bedriften sin side, uten at rettigheten er nedfelt i arbeidsavtalen mellom AG og AT, vil bedriften kunne endre og si opp avtalen uten at AT kan protestere. Det samme gjelder dersom bedriften har tatt forbehold om dette.

Men løper pensjonsavtalen over lengre tid, og blir den diskutert ved større forhandlinger mellom partene i arbeidslivet, er dette momenter i favør av at pensjonsordningen har blitt en rettighet for AT.

⁹⁰ Pkt 1.3 .

Henning Jakhelln går nøye inn på hva som skal til for at slike rettigheter skal inngå som en del av AT lønns- og arbeidsvilkår, i hans behandling av Jernbanens Sykekasse⁹¹. Subjektet var en obligatorisk, kollektiv ordning som omfattet så vel AG som AT, og som begge parter innbetalte premie til. Disse faktorene mener Jakhelln gjør forsikringsordningen til en integrert del av arbeidsavtalen, og fastslår på det grunnlag at *” De rettigheter og plikter som følger av medlemskap i denne ordning vil derfor måtte anses for å utgjøre en del av de ansattes lønns- og arbeidsvilkår. ”*

Men dette vil ikke si at rettighetene ikke kan endres. Så sterkt vern er det tvilsomt at de skal ha. De må være gjenstand for forhandling, og kan dermed justeres i henhold til hva partene i arbeidslivet avtaler, se Hovedavtalen LO/NHO kap IX.

Stein Evju fremholder i sin artikkel ”Endring av tjenstepensjon”⁹², at opprettelse av en pensjonsordning og anvendelse av denne til fordel for AT, er tilstrekkelig for at AG ikke ensidig kan oppheve ordningen. Dette synes ikke å stemme overens med lagmannsrettens avgjørelser, referert nedenfor.

Ved den videre vurderingen, mener Evju det vil være av betydning om AG har tatt noe form for forbehold, og hvor klart dette forbeholdet eventuelt er gjort. Hvordan ordningen har blitt praktisert fremholdes også som viktig. Spørsmålet må være gjenstand for en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

I Frostatings Lagmannsrett var spørsmålet oppe til behandling i 1999⁹³.

Retten kom til at AG ensidig kunne endre og si opp avtalen, selv om AT hadde vært med på premieinnbetalingen. Dette fordi forsikringsavtalen var et forhold mellom forsikringsselskapet og AG. Det forelå heller ingen skriftlig tariffavtale eller særavtale om å binde forsikringsordningen.

⁹¹ Henning Jakhelln, Åremålsansettelse for forskere m. fl., Den rettslige karakter av en sykekasseordning – Jernbanens Sykekasse, Institutt for Offentligretts skriftserie, nr 1/2002, s.99 flg.

⁹² ”Moderne forretningsjuss”, Bråthen, red., BI, 2001

⁹³ LF – 1998 – 00715.

Også i 2001 ble spørsmålet brakt inn for Frostatings Lagmannsrett⁹⁴ Denne gang hadde bedriften uten ATs kunnskap, inngått forsikringsavtale med et forsikringsselskap. Retten kom til at de ansatte ikke kunne utlede noen rett av denne kollektive pensjonsordning som AG selvstendig hadde inngått med forsikringsselskapet. Men spørsmålet ble så om AT på et senere tidspunkt i, gjennom et dispositivt utsagn fra AG, eller gjennom sedvane, har opparbeidet seg rettigheter etter avtalen. Begge anførselene ble avslått, begrunnet blant annet i at AT ikke var klar over at det fantes en avtale. Denne avgjørelsen ble anket, og ble den 22. mars 2002 henvist av Høyesteretts Kjæremålsutvalget til ankebehandling i HR.

HR har i Rt. 2000 s. 1602 uttalt at man ved tolkningen og utfyllingen av arbeidsavtalene må legge vekt på blant annet stillingsbetegnelsen, omstendighetene rund ansettelsen, sedvaner innenfor bransjen, arbeidsforholdets praksis, og også rimelighetshensyn.

Problemstillingen var så oppe til behandling hos HR i 2002.

Pensjonsordning var ensidig opprettet av bedriften for 20 år siden.

Spørsmålet var om AG var bundet, og om en eventuell forpliktelse bortfalt i kraft av aml. § 73 B nr. 3, eller om den ble overført i kraft av det kontinuitetsprinsipp aksjelovens fusjonsregler bygger på.

HR fant at AG ikke var bundet og at han ensidig kunne avvikle pensjonsordningen, da det ikke fantes en avtale med de ansatte. Pensjonsordningen ikke blitt en del av AT individuelle arbeidsavtale, og således ikke en rettighet.

HR viste blant annet til at det ikke forelå holdepunkter i kontakten mellom bedriften, de ansatte og deres tillitsvalgte som med noen styrke kunne tale til fordel for en annen konklusjon.

Av dette ser vi at det må kreves en klar avtale mellom partene for at AG ikke ensidig skal kunne endre ordningen til AT ugunst. Alternativt at AG har tatt forbehold, og reservert seg fra en ensidig endring av avtalen.

Evjus syn at det er tilstrekkelig med en avtale mellom AG og et forsikringsselskap til fordel for AT, for at denne innehar en beskyttet rettighet, mener jeg ikke kan videreføres. Rettspraksis tilsier at det krever mer.

⁹⁴ LF - 2001 – 00366.

4.2 Unntaket for pensjonsytelser

Aml. kap 12 A har et unntak fra hovedregelen om at alle ATs rettigheter skal overføres til den nye AG ved overføring av virksomhet slik det bestemmes i aml. §73 B nr. 1 og 2. Unntaket er plassert i §73 B nr.3, og bestemmelsen gjennomfører art. 3 nr 4 bokstav a) i rådsdirektiv 2001/23/EØF.

I direktivteksten fremgår det at unntaket gjelder så fremt ”medlemsstatene ikke bestemmer noe annet”

Dette direktivunntaket er fra EUs side begrunnet med at varierende organisering av pensjonsordningene i medlemslandene gjør det vanskelig å gi enhetlige regler på et europeisk nivå. Denne begrunnelsen kan man ikke anføre med tilsvarende tyngde i Norge⁹⁵.

Ordlyden i unntaksbestemmelsen viser at det er nødvendig med en avgrensning med hensyn til hvilke ytelser, og hvilke ordninger som omfattes.

Det er forstst tvil om hvilke ordninger, utover de rene tjenstepensjonsordningene, som omfattes av unntaket. Det hevdes at både ordlyden og formålet i direktivet tilsier at rene driftspensjoner faller utenom. Når det gjelder andre mellomformer er rettstilstanden ikke klar, ei heller om direktivet bare gjelder løpende pensjonsordninger, eller ordninger med en engangsutbetaling av ytelsen⁹⁶.

HR har til en viss grad bidratt med en avklaring gjennom Eidesund – saken, når det gjelder hvilke ytelser som er omfattet.

Forut for denne avgjørelsen og forut for EFTA – domstolens rådgivende uttalelse, kunne det se ut som ordlyden bare dekket retten til selve ”ytelsen”, altså utbetalingen. Dette er i tråd med den snevre tolkingen EFTA – domstolen redegjorde for. Men domstolen valgte en utvidende tolkning av unntaket, slik at dette også omfattet retten til premieinnbetaling, se Eidesund – dommen s. 1672.

⁹⁵ Underutvalgets utredning av 22. mars 2002, s 29 - 30

⁹⁶ Underutvalgets utredning av 22. mars 2002, s. 10

I første omgang kom den til at retten til fortsatt opparbeidelse av rettigheter etter en pensjonsordning, måtte unntas fra retten til overføring etter direktivets art 3 nr.4 a). EFTA - domstolen finner videre at også retten til premieinnbetaling må unntas, fordi det vil være ”uten enhver økonomisk mening å kreve at premier skal betales”.

HR følger EFTA – domstolens avgjørelse på alle punkter, til tross for lovgivers uttalelse i forarbeidene⁹⁷. Det sies her at en ny AG

”derimot vil være ansvarlig for innbetaling av bidrag (forsikringspremie) til pensjonsordninger, hvis slike forpliktelser følger av tariffavtaler eller individuelle arbeidsavtaler som man for øvrig trer inn i.”

HR avfeier uttalelsen og hevder den er uklar.

HR avfeier også Eidesunds påstand om det kun var meningen å videreføre rettigheter AT hadde fra før av, da HR mener lovgiver har tolket direktivet feil ved å tro at AT hadde rett til premieinnbetaling.

De reelle hensyn kommer her inn med en viss tyngde. De forsikringstekniske og praktiske problemene en slik ordning ville medført, mener HR må føre til at bestemmelsen i aml. ikke gir AT et videre vern enn det som følger av direktivet.

I henhold til direktivets art. 3 nr. 4 b) er medlemslandene forpliktet til å verne allerede opptjente rettigheter. Dette gjøres i Norge gjennom for eksempel fripoliser.

Bestemmelsen hjemmler ingen rett til få opptjene rettigheter i en pensjonsordning etter en overføring, ei heller til å få innbetalt pensjonspremie.

Det kan sies at dette etablerer et ”hull” i AT vern, siden en utbetaling av allerede opptjente rettigheter er vernet, men ikke retten til fortsatt opptjening. Dette mener også HR i Eidesund – saken.

Spørsmålet var oppe i den engelske Court of Appeal i dom av 19. mai 1997 *Adams v Lancashire County Council and BET Catering Service LTD*⁹⁸

Retten mener unntaket for pensjonsrettigheter er ubegrenset, og at medlemsstatenes eneste forpliktelse er å verne ATs allerede opptjente rettigheter.

⁹⁷ Ot. Prp. nr. 71 (1991 – 92) s. 34.

⁹⁸ Se grundigere gjennomgang i pkt. 6.2

Med dette avviser retten påstanden om at det foreligger en forpliktelse for AG å videreføre en pensjonsordning som AT hadde forut for overføringen hos den tidligere AG.

Vi ser at Court of Appeal slutter seg til EFTA – domstolens synspunkter i Eidesund – saken. Dette taler for at den britiske rettstilstanden rundt direktivet var tilsvarende den norske forut for EF – domstolens avgjørelse, slik at AT pensjonsrettigheter ikke overføres.

4.3 Offentlige ordninger

Som tidligere redegjort for i pkt. 1.3.3, er tjenstepensjonsordningene i staten lovfestet, mens de kommunale ordningene er regulert i tariffavtaler.

I staten vil de ansatte være innlemmet i ordningen med Statens pensjonskasse, hjemlet i lov om Statens Pensjonskasse. Dersom en overføring av virksomheten gjøres innen for det statlige område vil dette ikke ha noen konsekvenser for opptjening av pensjonsrettigheter for AT.

Det samme gjelder dersom en overføring finner sted mellom statlig, og kommunal- eller fylkeskommunal sektor. Alle rettigheter forblir som før. Dette er en følge av ”Overføringsvtalen”⁹⁹. I følge denne er det den siste av de offentlige ordningene AT er medlem av som vil utbetale pensjonen opptjent hos de forskjellige pensjonsordningene¹⁰⁰. Den baserer seg videre på ett sluttlønnsprinsipp, som gjør at pensjonsgrunnlaget heves i samsvar med den siste lønnen dersom det var den best betalte stillingen.

Dersom man skal foreta en overføring av virksomhet fra statlig til privat sektor, er man utenfor Overføringsavtalens område. Det finnes ingen regler som gir en AT mulighet til å overføre sine rettigheter fra Statens Pensjonskasse til en privat pensjonsordning.

⁹⁹ NOU 2000: 28 pkt 1.4.2.

¹⁰⁰ Dette gjelder ikke Oslo Kommune.

Men man kan i enkelte tilfeller fortsette sitt medlemskap i Statens Pensjonskasse, se lov om Statens pensjonskasse, § 5 annet ledd.

Heller ikke overføring fra kommunal- eller fylkeskommunal til privat sektor gir AT mulighet til å overføre rettigheter til en privat pensjonsordning.

Spørsmålet om en utvidelse av Overføringsavtalens virkeområde har vært behandlet i forarbeidene¹⁰¹, men det har ikke resultert i noen utvidet adgang til å overføre pensjonsrettigheter.

5 Pensjonssystemene i de andre europeiske land¹⁰²

I *Sverige* finnes det to nasjonale pensjonsordninger, ITP og STP. Alle virksomheter har identiske ordninger, så det oppstår ingen problemer ved overføring av virksomhet, og alle pensjonsrettighetene beholdes ved skifte av AG.

Det private arbeidsmarkedet i *Danmark* domineres totalt av innskuddsbaserte pensjonsordninger. Noen få internasjonale selskaper har ytelsesbaserteordninger. Ordningene varierer mye og er i veldig stor grad styrt av tariffavtaler og interne, bedriftspolitiske krefter.

Det hevdes at danske domstoler ikke ville kommet til det samme resultatet som HR gjorde i Eidesund – saken¹⁰³. Dette fordi premieinnbetaling anses for å gå inn under AT alminnelige arbeidsvilkår.

¹⁰¹ NOU 2000: 28 s 37.

¹⁰² Pkt. 5 bygger på notat av Jan R Clausen NHO, våren 2002 og er basert på informasjon fra 1998. Dette er brakt videre i Notat til Arbeidslivutvalget fra Arntzen de Besche, våren 2003.

¹⁰³ Mette Klingsten, ”Ansættelsesrettlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse”, Danmark 2002, s 250, pkt. 16.2

Finland har nesten bare ytelsesbaserte pensjonsordninger.

Fra 01.01.03 har Finland endret reglene om virksomhetsoverdragelse, i § 10 i lagen om arbeidsavtal . Endringen medfører at pensjonsrettighetene likestilles med andre rettigheter og overføres ved en virksomhetsoverdragelse.

I **Nederland** har mange bransjer etablert obligatoriske pensjonsordninger, men med store variasjoner rundt hvem som kan være medlem og på ytelsenens størrelse.

Konsekvensen er at AT kan skifte jobb, eller bli overført til en ny virksomhet innen samme bransje uten at det oppstår problemer.

Belgia har et godt dekkende offentlig pensjonssystem.

Skattereglene er gunstige dersom pensjonen blir tatt ut som et engangsbeløp.

Innskuddsordningen har tatt en betydelig del av området.

Finansiering av pensjonen over driften og pay-as-you-og-ordningene ble forbudt i 1985.

6 Medfører EF- dommen avsagt 4. juni 2002, endringer også i forhold til norsk rett?

Spørsmålet reiser seg fordi det kan se ut som om EF –Domstolen kom til et direkte motsatt resultat i 2002, enn det HR konkluderte med i 1997¹⁰⁴, ved anvendelse av de samme reglene.

For å fastslå en eventuell motstrid er det viktig å få klarhet i om sakene omhandler den samme problemstillingen, eller om de i så henseende er ulike.

Utgangspunktet er ytelsene, og det er derfor nærliggende å finne ut hvorvidt disse ytelsene er av samme karakter.

¹⁰⁴ Pkt. 1.1

6.1 Er ytelsene av samme karakter?

I HR –dommen er tvistetemaet blant annet om innbetaling av premie til en tjenstepensjonsordning er en av de rettighetene som blir overført ved en virksomhets-overdragelse, jfr aml § 73 B og rådsdirektiv 77/187/EØF¹⁰⁵ art. 3.

Dette var en tjenstepensjonsordning etter skattelovene, som da ble regulert ved de såkalte TPES – reglene.

I saken for EF – domstolen var ytelsen en førtidspensjon. Denne krevdes utbetalt av AT som følge av at hun ble oppsagt på grunn av driftsinnskrenkninger.

Nye AG bestred at AT hadde opptjent disse rettighetene.

Begge ytelsene er pensjoner. De kreves begge utbetalt ved endt yrkesaktiv karriere, og de er begge basert på innbetalte premier.

Førtidspensjonen skulle utbetales *før* den alminnelige pensjonsalder.

Når det gjelder tjenstepensjonsforsikringen er det forutsatt at denne kommer til utbetaling *ved oppnådd* pensjonsalder, eller ved den mellom partene avtalte alder.

Dette mener jeg, sett i lys av EF – domstolens avgjørelse, gjør ytelsenes karakter forskjellige.

6.2 Har EFTA – domstolen og HR tolket direktivet feil?

HRs utgangspunkt ved avgjørelsen av Eidesund - saken var at det konkrete virkeområdet for unntaket i direktivet, ikke tidligere hadde vært behandlet.

Saken ble imidlertid av Gulating Lagmannsrett forelagt EFTA – domstolen med spørsmål om blant annet fortolkningen av unntaket¹⁰⁶.

Spørsmålet lød¹⁰⁷;

¹⁰⁵ Nå 2002/23/EØF

¹⁰⁷ EFTAs rådgivende uttalelse, s. 2, avsnitt 3, pkt 5.4.

”Omfatter rettigheter etter art. 3 nr. 1 og 2 (nå art.3 nr.1 og 3¹⁰⁸) også retten til å beholde de forsikringsordninger, herunder pensjonsforsikring, hos den nye arbeidsgiver som arbeidstakeren hadde hos den arbeidsgiver som mistet kontrakten?”

HR sluttet seg til EFTA - domstolens rådgivende uttalelse og begrunnelse, og fant at ytelsen ikke kunne overføres.

EFTA – domstolen tok utgangspunkt i at ordlyden i direktivets art. 3 nr. 1 synes å dekke en AG rettigheter og plikter etter en pensjonsforsikringsavtale.

Men spørsmålet ble om unntaket hindret en overføring av retten til premieinnbetaling for AT. Eidesund, den norske regjering og EFTAs overvåkingsorgan mente nei¹⁰⁹.

Både EF –kommisjonen og EFTA – domstolen mener tolkningen må ta utgangspunkt i anerkjente tolkningsmetoder, og vil derfor legge stor vekt på direktivets formål dersom man befinner seg i et grensetilfelle.

Dette har EF – domstolen uttalt seg generelt om ved flere tilfeller¹¹⁰.

Den mener direktivets formål er å sikre at AT arbeidsforhold i så stor grad som mulig forblir det samme, med minst mulig endringer etter en overdragelse.

Dette synet fastholder EF – domstolen i Beckmann –dommen , hvor det sies i avsnitt 29 at direktivets alminnelige formål er å ivareta ATs rettigheter, og at unntaket av den grunn må fortolkes strengt. Dette er i tråd med EF – kommisjonens tolkning¹¹¹.

I følge EF – domstolen vil en streng fortolkning kun gi unntaket anvendelse på de ytelser den uttrykkelig nevner, og i tillegg tolke disse snevert.

Men formuleringen i unntaket er ikke klar. Hva ligger i ”arbeidstakerens rett til alders-, uføre- eller etterlattepensjon” ?

I begge avgjørelsene er det alderspensjonen tvisten dreier seg om.

EFTA – domstolen tolker formuleringen både i snever og vid forstand.

¹⁰⁸ Min rettelse.

¹⁰⁹ EFTA - domstolens rådgivende uttalelse, s. 9, avsnitt 55.

¹¹⁰ Sak 19/83, Wendelboe mot L.J. Music (1985)ECR 457, avsnitt 15, Sak 105/84

¹¹¹ EFTA – domstolens rådgivende uttalelse, s. 9, avsnitt 55.

Dersom den tolkes innskrenkende, mener domstolen at retten til pensjons*utbetalingerne* ikke overføres. Dette fordi retten da tillegges bestemmelsen mindre omfattende rettsvirkninger enn den muligens har etter ordlyden. Legges denne tolkningen til grunn, vil man kunne overføre retten til fremtidige opptjening av pensjonsrettigheter, men ikke retten til fremtidige utbetalinger av allerede opptjente rettigheter, når tidspunktet for utbetaling nås. Dette er ikke veldig praktisk, da det som regel er forsikringsselskapet som forestår utbetalingen av de opptjente pensjonsrettighetene. Et område der det kan få betydning er der man finansierer pensjonsordningen over driften¹¹².

Ved en utvidende tolkning mener domstolen en fremtidig rett til opparbeidelse av pensjonsrettigheter er unntatt. Man tolker bestemmelsen slik at ”ordenes ramme blir utvidet”. Bestemmelsen dekker da et større område enn den muligens gjør etter ordlyden.

EFTA – domstolen mener ordlyden i direktivet taler for at alle rettigheter og plikter angående ytelsene nevnt i unntaket, er unntatt fra overføringen.

Den baserer videre sitt syn på at unntaksbestemmelsen i det hele tatt ble tatt inn i direktivet.

Spørsmålet blir om denne tolkningen er i samsvar med direktivets formål som er å verne AT rettigheter og å tolke begrensningene i dette vernet strengt.

EFTA – domstolen viser til formålet, men mener en alt for streng fortolkning av unntaket ville føre til at det mistet sitt innhold¹¹³.

EFTA – domstolen viser også til de praktiske problemene det ville føre med seg dersom man skulle gjennomført en plikt for den ervervende AG å opprettholde AT rettigheter til opptjening. Disse problemene ble det redegjort for i kommisjonsdokumenter¹¹⁴, men de er ikke behandlet i noen av dommene.

¹¹² Pkt 1.3.2.

¹¹³ EFTA – Domstolens rådgivende uttalelse, avsnitt 63.

¹¹⁴ Pkt.7.

Som en følge av dette mener EFTA – domstolen at også retten til fortsatt innbetaling av premie fra AG, må unntas. De finner det lite hensiktsmessig å skulle nekte opparbeidelse av pensjonsrettigheter uten samtidig å unnta premieinnbetalingen. Dette baseres på ”usikkerheten og urimeligheten” ved de alternative løsningene ved en eventuell rett på premieinnbetaling¹¹⁵.

HR følger EFTA – domstolen også på dette punkt og tillegger de anførte hensyn vesentlig vekt i sin avgjørelse, og kommer til at den norske regelen i aml. § 73 B må tolkes på samme måte som direktivet, og mener ut fra det at Eidesunds rett til fortsatt opptjening av pensjonsrettigheter og rett til innbetaling av premie fra AG side ikke overføres til ny AG.

Et element i AT arbeids- og lønnsvilkår er dermed unntatt fra vernet ved overføring, jfr direktivets art 3 nr. 3.

Dette resultatet støttes av den engelske Court of Appeal i dom av 19. mai 1997, *Adams and others v Lancashire County Council and BET Catering Services LTD*¹¹⁶.

Kantinemedarbeidere ble overført fra kommunal ansettelse til et privat selskap, BET. Tvisten oppsto da de overførte AT ikke fikk delta i bedriftens pensjonsordning, på grunn av et medlemsvilkår om inntekt over 15,000 £ i året. AT oppfylte ikke dette. AG mente dette var tillatt med hjemmel i direktivets gjennomføringslov, TUPE, regulativ 7, som unntar yrkesmessige pensjonsordninger fra overføringen.

Den britiske Court of Appeal ga AG medhold i at dette var i samsvar med TUPE, og at direktivet var korrekt gjennomført i den britiske lovgivningen.

Den fremholdt videre at unntaket for pensjonsrettigheter var ubegrenset.

Retten skilte så mellom allerede opptjente rettigheter hos den tidligere AG, og eventuelle fremtidige rettigheter. ATs allerede opptjente rettigheter blir vernet ved at medlemsstatene skal beskytte rettigheter som ble inntjent forut for overføringen. Dette følger av unntakets andre ledd.

¹¹⁵ EFTA –domstolens rådgivende uttalelse, avsnitt 67.

¹¹⁶ IRLR 1997, s 436 flg.

Retten mener videre det ikke kan ligge en forpliktelse i direktivets unntaksbestemmelse for den nye AG å opprettholde eventuelle pensjonsordninger overdrageren finansierte for sine AT. Dette ville ført til diskriminering av de opprinnelig ansatte og de overførte AT, bare på grunn av identiteten til den tidligere AG.

Saken ble anket inn for The High Court of Justice, fordi AT mente rettens tolkning av direktivet var feilaktig, og at den etterlot seg et "hull" i direktivets virkningsområde¹¹⁷. Dette "hullet" oppstår fordi direktivet beskytter retten til allerede opptjente rettigheter i pensjonsordningen, og retten til lønn for pågående og fremtidig arbeid, men ikke for utsatt lønn, i form av pensjonsrettigheter basert på pågående og fremtidig lønn etter en overføring.

Retten legger vekt på direktivets formål, da spesielt formålet med unntaksbestemmelsen, og sammenligner ordlyden i a) og b).

Den kommer til at b) uttrykkelig bare får anvendelse på allerede opptjente rettigheter. Medlemsstatene skal verne en AT interesser, dersom vedkommende på overdragelses tidspunktet ikke lenger er ansatt i den overførte virksomhet.

Denne begrensningen i ordlyden mener retten ikke finnes i a), og peker på at alle rettighetene i bokstaven, av gode praktiske grunner burde være unntatt fra den automatiske overføringen i direktivets art. 3, nr 1.

Til støtte for sitt syn, viser retten til EFTA – domstolens tolkning i Eidesund – saken, hvor retten konkluderte med at alle rettigheter i forbindelse med alderdom, uførhet, og etterlatte, skulle unntas.

Inntatt i dommen er også EFTA - domstolens bemerkning om det ulogiske i å skulle opprettholde en rett til fortsatt innbetaling av pensjonspremie, uten å opprettholde retten til fortsatt opptjening av pensjonsrettigheter.

The High Court of Justice mener HR kom til et riktig resultat, til tross for at man etterlot seg dette, av AT påståtte "hullet" i direktivets virkeområde.

Retten mener at siden AT ikke hevder at det finnes en forpliktelse for AG til enhver tid å opprette, finansiere og opprettholde en pensjonsordning til fordel for AT, finnes det

¹¹⁷ Se dommen s.7, øverste avsnitt.

ingen grunn til å anta at det finnes en plikt for AG å videreføre en slik ordning for de AT som blir overført ved en overføring av virksomhet¹¹⁸.

På bakgrunn av dette mener retten det ikke finnes et ”hull” i direktivet, slik AT påstår, med mindre man hevder at de overførte AT kan kreve en pensjonsordning av sin nye AT.

Denne avgjørelsen er i tråd med den tolkningen EFTA – domstolen kom frem til, og som ble videreført av HR i Eidesund – saken.

EF – domstolen bruker ikke mange sidene i dommen for å komme frem til sitt resultat. Hovedvekten legges på en streng fortolkning av direktivets unntaksbestemmelse, i tråd med formålet. Den finner at det kun er de uttrykkelig angitte ytelsene i bestemmelsen som er unntatt, og at disse skal forstås snevert, i dette tilfellet alderspensjonen;

”Denne undtagelse kan således kun finde anvendelse på de ydelser, der er uttømmende angivet der, og disse ydelser skal forstås snævert. På denne baggrund er det kun ydelser, der udbetales med virkning fra det tidspunkt, hvor arbejdstageren på normalt vis afslutter sit arbejdsliv,der kan kvalificeres som ydelser ved alderdom, og ikkei tilfælde af afskedigelse på grund af personaleindskrænkning.”

(Dansk versjon)

I Generaladvokatens forslag til løsning ble det lagt avgjørende vekt på at arbeidsledighet var det grunnleggende vilkår for å bli tildelt begge ytelsene i saken. Kravet til alder, som vi ser domstolen legger stor vekt på, har ved disse ytelsene mindre betydning¹¹⁹. Med dette tilstår EF – domstolen AT retten til å få overført retten til førtidspensjon.

Det kan anføres at EFTA – domstolen og HR tolker unntaksbestemmelsen i direktivet i en mer utvidende retning, med større vekt på reelle hensyn, enn det EF –Domstolen legger opp til. HR hadde anledning til å tolke den interne gjennomføringen av direktivet, aml §73 B, annerledes enn EF – domstolen, men da bare i ATs favør. Dette

¹¹⁸ Dommen side 11, nest siste avsnitt.

¹¹⁹ Underutvalgets Utredning av 22. mars 2002 s 9 – 10.

benyttet ikke HR seg av med henvisning til at det i følge forarbeidene ikke har vært meningen å gi AT videre rettigheter enn det som følger av direktivet¹²⁰.

Men man kan etter min vurdering ikke si at EFTA – domstolen og HR har tolket direktivet feil.

Spørsmålet blir om EFTA – domstolen og dermed HR, hadde kommet til et annet resultat dersom de hadde hatt EF – domstolens avgjørelse å støtte seg til?

Jeg mener det er heller tvilsomt. Dersom man følger EF –domstolens argumentasjon og snevre tolkning, er det kun de ytelsene som kommer til utbetaling på grunnlag av alder, som nektes overføring. I Eidesund – saken fikk AT ikke medhold i at han hadde krav på fortsatt opparbeidelse av rettigheter til en alderspensjonsordning, og dermed heller ikke rett til fortsatt premieinnbetaling fra AG side. Disse premieinnbetalingene anser jeg for å stå i direkte sammenheng med AT alder. De ville, dersom de ble overført, resultert i en utbetaling ved oppnådd pensjonsalder. I dette perspektivet mener jeg man ikke kan si at EF – domstolen kom til en annet resultat en det HR gjorde.

Men det man kan si er at EF – domstolen har kommet med en nødvendig presisering av unntakets virkeområde.

6.3 Er rettstilstanden med dette forandret?

Etter min vurdering har rettstilstanden i Norge ikke blitt endret som en følge av EF – domstolens avgjørelse i Beckmann –saken.

Domstolen har presentert sin tolkning av direktivet og med den klargjort direktivets ramme og virkeområde ytterligere, blant annet for norske domstoler.

I forhold til EFTA – domstolens rådgivende uttalelse, Eidesund – dommen og den britiske dom Adams v Lancashire, har EF – domstolen så langt jeg kan se kun kommet med en nødvendig presisering av direktivets forståelse.

I de tre nevnte dommene var det, som nevnt under pkt. 6.1, til behandling ytelser etter ordinære forsikringspensjonsordninger, hvor man krevde en overføring av retten til

¹²⁰ Ot.prp nr 71 (1991-92) s.15

fortsatt opptjening til en alderspensjon hos den nye AG, som normalt skulle komme til utbetaling ved oppnådd pensjonsalder.

EF –domstolens behandlede ytelse var av en annen karakter, idet det var en ytelse utbetalt som en førtidspensjon, på grunnlag av ATs arbeidsledighet.

Det er her jeg anser EF – domstolens avgjørelse for å være presiserende, men i samsvar med den norske rettstilstanden etter Eidesund – avgjørelsen.

Domstolen krever en streng fortolkning av direktivet, og unntar fra unntaket ytelser som ikke baserer seg på AT alder.

Man kan spørre seg hvorvidt HR, dersom Beckmann – saken hadde oppstått i Norge, ville kommet til det samme resultat som EF – domstolen.

Av HR anvendelse av EFTA – domstolens begrunnelse i Eidesund - saken er det nærliggende å anta at HR også i tilsvarende saker vil følge dennes råd ved tolkning av EØS – regler, så lenge det ikke er klar motstrid mellom tolkningsresultatet og norsk rett. Dermed blir spørsmålet om EFTA – domstolen ville kommet til samme resultat som EF – domstolen i samme saksforhold.

Dette er vanskelig å spå om, men jeg vil vise til EFTA – domstolens uttalelse om at en for streng tolkning av direktivet ville føre til at bestemmelsen mistet sitt innhold.

Om dette er en uttalelse EFTA – domstolen også ville anvendt på førtidspensjon, er umulig å si. Det kan argumenteres begge veier.

Jeg anser EFTA –domstolens forståelse av direktivet, og dermed også HRs, for å være i tråd med EF –domstolens avgjørelse, og kan ikke finne avgjørende argumenter som skulle tilsi noe annet.

Ut fra dette finner jeg, som allerede anført, at rettstilstanden ikke er forandret.

Et annet spørsmål er hvorvidt Beckmann – dommen viser en ny tendens i EF – domstolen. Dommen viser en utstrakt beskyttelse av de individuelle rettigheter. Et særtrekk hos domstolen ved tidligere avgjørelser har vært en utstrakt formålstjenlig retning, til fordel for Romatraktaten.

Denne formålsorienteringen gjør at domstolen velger det resultat som best realiserer de viktigste formålene i traktaten, så som integrasjon og målet om det felles marked¹²¹.

Dette fører igjen til at ordlydens selvstendige betydning som tolkningsmoment reduseres. Ordlyden har flere ganger blitt fraveket til fordel for en formålstjenlig tolkning, med det resultat at de privates stilling ble styrket¹²².

Dette er således ikke noe nytt i EF – domstolens praksis.

Hvorvidt det fra EF – domstolen er meningen å legge seg på en annen linje når det gjelder AT individuelle rettigheter, gjenstår å se. En eventuelt ny tendens vil blir lettere å få øye på dersom man har flere avgjørelser.

Etter min vurdering er EF – domstolens avgjørelse i tråd med sine tidligere avgjørelser, med en utstrakt vekt på formål, og med fellesskapets beste for øye.

7 Er de forsikringstekniske problemene forespeilet av EFTA – domstolen og HR en realitet?

Et av de reelle hensynene EFTA – domstolen anførte som begrunnelse for resultatet, var basert på uttalelser i kommisjonsdokumenter som beskrev de komplikasjoner man ville få dersom man overførte overdragerens plikter på området for supplerende pensjonsordninger til erververen¹²³.

Det ble i den rådgivende uttalelsen ikke gitt noen nærmere redegjørelse for hvilke komplikasjoner man så for seg ville oppstå.

Dette argumentet videreførte HR i sin avgjørelse, og mente at en overføring av plikten til innbetaling av pensjonspremie ville medføre betydelige forsikringstekniske og

¹²¹ Fredrik Sejersted m. fl., EØS – rett, Oslo 1995, s 176.

¹²² Se for eksempel: Sak 43/75, Gabrielle Defrenne mot SABENA.

¹²³ EFTA – domstolens rådgivende uttalelse, avsnitt 61

praktiske problemer¹²⁴ men heller ikke der ble komplikasjonene man siktet til, nærmere beskrevet¹²⁵.

Jeg anser det allikevel som klart at det er de særlige forsikringstekniske problemene ved en eventuell overføring av pensjonsrettighetene, som er beskrevet som ”komplikasjoner” i begge dommene.

HR behandlet ikke de forsikringstekniske problemene de anførte i saken, selv om disse ble tungt vektlagt som reelle hensyn. Av denne grunn er det vanskelig å få tak på hva som er innholdet i disse begrepene.

Et problem HR ser i forbindelse med en overføring av en pensjonsordning, er at ordningen må omfatte alle ansatte, ikke bare de ansatte som ble overført¹²⁶.

Dette ser HR på som et vanskelig punkt å gjennomføre, til tross for at man kunne få dispensasjon fra Kredittilsynet, jfr TPES – forskriften §6 nr 3, og dermed lukke ordningen til bare å omfatte de som allerede var medlem. Dette sier HR ingenting om.

Hvorvidt HR ikke har sett denne muligheten eller bare vurdert den til ikke å være av betydning vites ikke, men jeg mener dette fører til at argumentet mister mye av sin vekt som et reelt hensyn.

Etter dette fremstår HRs behandling av dette spørsmålet som lite grundig.

Etter vedtagelsen av lov om foretakspensjon og lov om innskuddspensjon i 2000, er situasjonen ved overføring av virksomhet en annen enn den var i 1997.

De nye lovene må medføre at mange av de forsikringstekniske og praktiske problemer i stor grad er fjernet, og at det nå praktisk sett er enklere å overføre en pensjonsforsikringsordning. De nye lovene legger til rette for at en overføring kan gjennomføres.

Dette gjelder også ved overføring innenfor offentlig sektor, jfr Overføringsavtalen¹²⁷, jfr lov om Statens Pensjonskasse § 46.

¹²⁴ Rt 1997 s. 1965 s. 8

¹²⁵ Rt 1997 s. 1965 s. 7

¹²⁶ Se note 69

Overføringsavtalens §2 redegjør for formålet med avtalen, som er å sikre at AT som har vært medlem av flere pensjonsordninger i løpet av en lang karriere, får utbetalt sin pensjon som om vedkommende hadde vært tilsluttet en ordning hele tiden.

Er man medlem av Statens Pensjonskasse er man samtidig medlem av de pensjonsordninger som har inngått avtale med denne, jfr §1.

8 Konklusjon

Problemstillingen formulert i pkt 1.2.1, lød;

”Overføres ATs rett til fremtidige pensjonsinnbetalinger ved overføring av virksomhet?”

Etter å ha kommet frem til at EF – domstolens avgjørelse i Beckmann – saken ikke stred mot det resultatet HR kom til i Eidesund – saken, er situasjonen, som nevnt i pkt 6, at jeg ikke anser rettstilstanden i Norge for å være endret, men kun presisert gjennom EF – domstolens tolkning av direktivets artikkel 3. Jeg mener med dette at norsk rett er i samsvar med EF – rettens tolkning av direktivet og dennes avgjørelse i Beckmann – saken.

Problemstillingen tok utgangspunkt i ATs rett til fortsatt opptjening av pensjonsrettigheter. Men som uttalt av HR i Eidesund – saken, er det ”uten enhver økonomisk mening å kreve at premier skal betales”¹²⁸, dersom retten til fortsatt opptjening ikke overføres.

Dette medfører at en ATs rett til premieinnbetaling til en pensjonsordning, hvor ytelsen man til slutt skal få utbetalt etter en snever tolkning går inn under direktivunntaket, ikke overføres.

¹²⁷Vedlegg 1 til NOU 2000: 28; Avtale om overføring og samordning av pensjonsrettigheter mellom Statens Pensjonskasse og forsikringstaker

¹²⁸ Rt. 1997 s. 1965, s. 1972

Dette vil si at en AT som skal få utbetalt sin alderspensjon når han slutter i sitt arbeide på normalt vis ved oppnådd pensjonsalder, ikke vil få overført premieinnbetalingen ved overføring av virksomhet. Forsikringen er her underlagt alder som utbetalingsvilkår, og går dermed direkte inn under unntaket.

Spørsmålet i problemstillingen må dermed besvares benektende;

En AT rett til fremtidig innbetaling av pensjonspremie overføres ikke til ny AG ved overføring av virksomhet.

Som nevnt i forordet, er dette et omfattende tema. Det er umulig å dekke alle aspektene i en avhandling som dette.

Det hadde vært opplysende å kunne fremstilt i detalj, de forsikringstekniske og praktiske problemer som ble anført av domstolene , for å danne seg et reelt bilde.

Også en fremstilling av de eventuelle lovendringene som må foretas dersom man vil endre regelverket til AT gunst, hadde vært relevant å tatt med.

Jeg mener fremstillingen gir et oversiktlig bilde av situasjonen rundt AT rettigheter ved overføring av virksomhet, og at de viktigste problemstillinger er tatt med.

Om det blir en endring i lovgivningen for Norges vedkommende, er vanskelig å si.

Som utgangspunkt må man se på regelverket for de private pensjonsordningene. Dette har nå blitt betydelig mer oversiktlig og mindre komplisert å anvende.

HR begrunnelse i Eidesund - saken, var jo nettopp basert på de ”forsikringstekniske og praktiske problemer” en overføring ville medføre.

Jeg er av den oppfatning at man i dag ikke kan se helt bort fra at HR i en tilsvarende sak, muligens kunne kommet til et annet resultat. Begrunnelsen er de vanskelighetene HR forespeilet ved en rettighetsoverføring, og videre begrunnet sin avgjørelse på, som nå i stor grad er ryddet av veien.

Sammenholder man dette med HRs begrunnelse i Eidesund – saken, kan det være grunn til å spørre om det foreligger sterke nok grunner til å unnta de omhandlede pensjonsrettighetene fra overføring.

Direktivunntakets fremtid i det norske regelverket har i de siste år vært et tema for lovgiver.

Jeg ser vedtagelsen av de to nye pensjonslovene som et tegn på at lovgiver nå vil fjerne unntaket, og la AT pensjonsrettigheter være gjenstand for overførsel

De norske domstolars praksis viser for øvrig at dersom lovgiverne vil gi AT sterkere vern enn det de har etter direktivet, *må* dette gjøres ved en lovendring.

9 Litteraturliste

- Andenæs, Johs., *Statsforfatningen i Norge*, Oslo 1994, ISBN 82-518-2830-9
- Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, Oslo 1999, ISBN 82-91064-15-6
- Arnesen, Finn / Graver, Hans Petter, *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler*, Oslo 2000, ISBN 82-92028-21-8
- Bråthen, Tore, (et alt.), *Foretaksrett*, Oslo 1990, ISBN 82-417-0048-2
- Bull, Hans Jacob, *Innføring i forsikringsrett*, 7. utg., Oslo 2000.
- Craig, Paul / De Burca, Grainne, *EU Law*, Oxford 1996, ISBN 0-19-876509-6
- Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 4. utgave ved Jan E Helgesen, Oslo 1997
- Fleischer, Carl August, *Folkerett*, Oslo 1994, ISBN 82-00-21798-1
- Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998, ISBN 82-417-0954-4
- Forbrukerrådet, *Skade og personforsikringer*, Oslo 1997, ISBN 82-7166-125-6
- Forsikringsakademiet, *Ny i forsikring – forsikringslære*, Oslo 1997, ISBN 82-7664-088-5
- Forsikringsakademiet, *Sentrale emner i norsk forsikring*, Oslo 1996, ISBN 82-7664-084-2
- Gjone, Tor / Aagaard, Erik C., *Bedriftens personalhåndbok*, Oslo 1998, ISBN 82-00-12731-1
- Gundersen, Fridtjof Frank, *Introduksjon til EU*, Oslo, ISBN 82-90961-19-7
- Jakhelln, Henning, *Åremålsansettelse av forskere m. fl., Den rettslige karakter av en sykekasseordning – Jernbanens Sykekasse* (Institutt for offentlig retts skriftserie, nr 1/2002), Oslo 2002, ISBN 82-8063-011-2
- Jakhelln, Henning, *Oversikt over Arbeidsretten*, 2. utg., Oslo 1996, ISBN 82-508-1512-2
- Jervell, Stephan L, *Lovgivningen i EØS*, Oslo 2002, ISBN 82-02-19696-5
- Jussens venner nr 2/2001 og 3/2001
- Killengren, Johan A...(et alt.), *Revisjon og regnskap*, nr. 4/2001
- Kjønstad, Asbjørn, *Innføring i Trygderett*, Oslo 1998, ISBN 82-518-3609-3
- Klingsten, Mette, *Ansættelsesrettlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse*”, Danmark 2002, ISBN: 87-574-0453-4
- Madsen, Einar E, *Kollektive pensjonsavtaler*, Kjeller 2000, ISBN 82-993160-1-4
- Mollatt, Kirsti, *Forsikret – forsikringshåndbok for privatpersoner*, Oslo 1993, ISBN 82-7683-06-4

Norges forsikringsforbund, *Hva er forsikring?*, 2. utgave, Oslo 1995, ISBN 82-91203-01-6
Sejersted, Fredrik...(et alt.), *EØS – rett*, Oslo 1995, ISBN 82-00-22469-4
Selmer, Knut S, *Forsikringsrett*, Oslo 1982, ISBN 82-00-05686-4
Selmer, Knut S, *Forsikringsavtaleloven*, Oslo 1990, ISBN 82-518-2793-0

Underutvalget, Utredning av 22.mars 2002, *Pensjonsrettigheter ved virksomhetsoverdragelse*, Oppdrag fra Arbeidslivslovutvalget.

10 Kildehenvisninger

NOU 2000:28 Tjenestepensjon etter skifte av arbeidsiver og strukturendringer i offentlig sektor, ISBN 82-583-0525-5 (h.)
NOU 1983:56 Lov om avtaler ved pensjonsforsikring, ISBN 82-00-70875-6
NOU 1994:6 Private Pensjonsordninger, ISBN 82-583-0281-7

Ot. Prp. Nr. 71 (1991 – 92), Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS – avtale.
Ot. Prp. Nr. 33 (2001 – 2002), Om lov om endringer i lov om foretakspensjon, innskuddspensjonsloven og enkelte andre lover (kombinerte pensjonsordninger m.v.).
Innstilling O. Nr. 14 (1992 – 93)

11 Vedlegg

Rådsdirektiv 2001/23/EF av 21. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter

A